

ANTONIO COELHO SOARES JUNIOR

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:
O QUE SE FALA E O QUE SE CALA**

Florianópolis, 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:
O QUE SE FALA E O QUE SE CALA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Orientadora: Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade

Antonio Coêlho Soares Junior

Florianópolis, 2002.

ANTONIO COELHO SOARES JUNIOR

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:
O QUE SE FALA E O QUE SE CALA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pela Comissão formada pelos professores:

Orientadora:



Prof^ª Dr^a Vera Regina Pereira de Andrade
Presidente



Prof^ª Dr^a Odete Maria de Oliveira
Membro

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão
Membro

Florianópolis, 03 de outubro de 2002.

Para **Antonio e Conceição**, meus amorosos pais, amigos eternos, que sempre me serviram de exemplo de humanidade, honestidade e dedicação, e que plantaram em mim a semente do desejo de me tornar alguém melhor a cada dia; a **Carlos Eduardo e Cláudia**, meus queridos irmãos, pelo carinho e constante compartilhamento de experiências e emoções que nos proporcionam crescimento; a **Danielle e Vitória**, sobrinhas adoradas, cuja alegria me incentiva a sempre acreditar no futuro; e, por fim, a **Fernanda**, meu sol, pelo amor e companheirismo que me renovam o espírito.

“Um escritor – entendo por escritor não o mantenedor de uma função ou o servidor de uma arte, mas o sujeito de uma prática”.

Barthes

AGRADECIMENTOS

À professora e orientadora Dra. Vera Regina Pereira de Andrade, a quem agradeço não só a orientação deste trabalho, mas a confiança e o incentivo demonstrado em minhas potencialidades teóricas, desde o Curso de Especialização em “Direito e Sociedade” em São Luís; o seu exemplo enquanto docente; o despertar em mim do gosto pelo saber criminológico; e, acima de tudo, a sua sincera amizade.

Aos meus colegas e professores do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Maranhão (onde iniciei meus estudos jurídicos), em especial, aos professores Agostinho Ramalho Marques Neto, Beta e Reinaldo Fonseca.

Aos colegas do Programa Especial de Treinamento em Direito (1988), da Universidade Federal do Maranhão, e, especialmente, à sua tutora, Professora Lígia Cavalcanti.

Aos colegas e professores do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (onde coleí grau).

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito (UFSC), pela determinação em proporcionar um ensino crítico e de qualidade, especificamente, à Professora Dra. Odete de Oliveira, Professor Dr. Sérgio Cademartori, Professor Dr. Ivo Carlin, Professor Dr. Ubaldo Balthazar, Professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer, Professor Dr. Edmundo Arruda Júnior, Professora Dra. Olga Boschi de Oliveira, Professor Dr. Horácio Rodrigues, Professor Dr. Christian Caubet e Professora Dra. Cecília Caballero Lois.

Aos colegas mestrandos, que me permitiram aprender muito sobre o direito e sobre a vida durante o período de convivência que tivemos nas salas de aula do Curso, principalmente a Raquelle, Luís Vergílio, Eduardo, Nina,

Leila, Aline, Lucas, Douglas, Yara, Patrícia, William, Karina, Carli, Luiz Olivo e Felipe.

Aos funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, pela atenção e dedicação que dispensaram a mim e a meus colegas.

Aos meus alunos, razão de ser deste trabalho acadêmico.

A todas as pessoas, os amigos e amigas que, de um modo ou de outro, com seu apoio e afeto, tanto me ajudaram, especialmente a Angelina, Keko, Arthur, Thays, D. Lourdes, Marli, Ana Paula, Heloísa, Paulo, Rogério, Jackson, Uirá, Dilsa, Luíza, Elyjeane, Éthel, Valentim, Cláudio, Lena, Leandro, Zélia, Daladier, Jaqueline, Franklin, Shyrley, Ana Karla, Kelly, Dudu e Juliana.

E, finalmente, à Administração Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão, que me possibilitou, através de autorização para afastamento de minhas funções profissionais, a elaboração desta dissertação.

SUMÁRIO

p.

INTRODUÇÃO	12
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

O SURGIMENTO DOS PRESSUPOSTOS POLÍTICO E JURÍDICO DA LEGALIDADE

15

1. ANOTAÇÕES INICIAIS	15
2. A FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL: O PRESSUPOSTO POLÍTICO DA LEGALIDADE	17
3. O SURGIMENTO DO JUSPOSITIVISMO: O PRESSUPOSTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DA LEGALIDADE	33
3.1. Direito natural <i>versus</i> direito positivo	34
3.2. A apropriação do direito natural pelo normativismo (a positivação do direito natural)	42
3.4. A contribuição de Montesquieu e de Cesare Beccaria para o surgimento do positivismo jurídico	45
3.5. O positivismo jurídico e o nascimento da dogmática jurídica	48

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DOGMÁTICA (PENAL): O QUE SE FALA.....

54

1. FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DO PRINCÍPIO	54
2. A LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	62
2.1. Em busca de um conceito de princípio pela dogmática jurídica	62
2.2. O princípio da legalidade penal (e seus corolários)	74

2.2.1. Proibição de retroatividade da lei penal	78
2.2.2. Proibição da criação de crimes e penas pelo costume	79
2.2.3. Proibição da aplicação da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas	81
2.2.4. Proibição de incriminações vagas e indeterminadas.....	82
2.3. O Garantismo de FERRAJOLI e sua abordagem material de princípio jurídico.....	84

CAPÍTULO III

UMA LEITURA CRÍTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O QUE SE CALA 91

1. O CARÁTER RETÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA SEMIOLOGIA POLÍTICA.....	91
2. O OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	101
2.1. A Criminologia Crítica: um perfil conceitual	101
2.2. Os antecedentes da Criminologia Crítica	106
2.3. A ideologia da defesa social	114
2.4. A Criminologia Crítica, a dogmática e o princípio da legalidade	116

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 124

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 127

RESUMO

Esta dissertação, conforme o próprio tema explicita, acercar-se do estudo do princípio da legalidade penal sob dois enfoques principais: o político e o jurídico. A pesquisa tem por marco teórico principal os postulados da Criminologia Crítica, o paradigma da reação social (*labelling approach*), surgido em franca oposição ao paradigma etiológico, da Criminologia Positivista. O trabalho, cujo desenvolvimento ocorre em três capítulos, objetiva, em primeiro lugar, evidenciar os pressupostos político e jurídico do referido princípio, inter-relacionando-os de forma a permitir a percepção da dependência um do outro, na compreensão do seu papel no sistema jurídico-penal. Em seguida, busca-se abordar, através do discurso dogmático, as origens históricas da regra da legalidade, localizando nas condições espaço-temporais a semente dessa prática judiciária. Procura-se, também, através de uma análise de fragmentos conceituais do que vem a ser um princípio jurídico, formulados pela teoria do direito, construir o quadro funcional da legalidade, a partir da metodologia utilizada pela dogmática. Demonstra-se, ainda, alguns aspectos da concepção crítica (interna) formulada pelo *Garantismo* de Ferrajoli contra a inefetividade do discurso dogmático. E, por fim, tenciona-se elaborar noções críticas ao sistema de legalidade penal, desde lugares externos à dogmática, quais sejam, a Semiologia Política e a Criminologia Crítica, a fim de possibilitar uma denúncia de sua atividade política e de sua impossibilidade de cumprir os compromissos de garantia dos direitos fundamentais.

RESUMÉ

Ce mémoire, selon son titre fait comprendre, s'occupe de l'étude du principe de la légalité pénale sous deux aspects principaux : le politique et le juridique. La recherche a comme marque théorique principale les postulats de la Criminologie Critique, le paradigme de la réaction sociale (*labelling approach*) qui se présente en opposition avec le paradigme étiologique de la Criminologie Positiviste. L'essai, dont le développement inclut trois chapitres, a le but de, d'abord, mettre en évidence les présuppositions politiques et juridiques du principe de la légalité, en faisant un rapport de dépendance entre les deux, pour permettre la perception de son rôle dans le système juridique pénal. Ensuite, on essaie d'analyser, dans le discours dogmatique, les origines historiques de la règle de la légalité, dans le temps et l'espace, à la recherche de la source de cette pratique judiciaire. On cherche, également, à travers une analyse du concept fragmentaire de ce que c'est un principe juridique, selon la théorie du droit, construire le tableau fonctionnel de la légalité, à partir de la méthodologie utilisée par la dogmatique. On démontre, encore, quelques aspects critiques (dès l'intérieur) énoncés par le *Garantisme* de Ferrajoli contre l'inefficacité du discours dogmatique. Enfin, on a l'intention d'élaborer des notions critiques sur le système de légalité pénale, à partir de l'extérieur de la dogmatique, c'est-à-dire à partir de la Sémiologie Politique et de la Criminologie Critique, afin de possibilitier la dénonciation de son activité politique et de son impossibilité de tenir sa promesse de garantie des droits fondamentaux.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa nasce de uma preocupação pessoal sobre o que vem a ser essa *palavra mágica* chamada princípio. Visto que, hoje e ontem, tal palavra tem ocupado grande parte das teorias e discursos jurídicos como se fosse a panacéia de todos os males, mais especificamente, do mal da injustiça. E optou-se por escolher o princípio da legalidade, por se entender que ele representa a *coluna vertebral* do sistema penal, como herança do pensamento liberal articulado com a denominada ideologia da defesa social, e que a partir dele se pode perceber a funcionalidade efetiva dos demais.

O presente trabalho ocupa-se da análise de um princípio jurídico e, mais especificamente, do exame da estruturação da legalidade enquanto princípio reitor do direito penal desde o início do século XIX, objetivando fornecer um panorama, ainda que precário e sucinto, de suas bases políticas e jurídicas. E, principalmente, avaliar de que forma o princípio da legalidade penal serve de instrumento para reproduzir a ideologia penal dominante e qual a sua vinculação com o paradigma dogmático.

Com a intenção de melhor versar o tema selecionado, procura-se dividir este estudo em três partes, além desta introdução e das considerações finais. Principia-se por uma abordagem daqueles que, entende-se, constituem os pressupostos político e jurídico do princípio da legalidade, e em que nível se estabelece a vinculação de ambos.

Como pressuposto político, trabalha-se o liberalismo, fonte político-ideológica responsável pela edificação de um novo modelo de Estado, montado sobre a legalidade, que objetiva, com ela, racionalizar e legitimar a utilização da violência, que é monopólio seu.

Como pressuposto jurídico, opera-se o positivismo, fonte epistemológica (empirista) que assenta o terreno, a ambiência para o surgimento da ciência do direito (a dogmática), em que se acha inserido o princípio da legalidade.

No segundo capítulo, passa-se em revista a visão histórica que alguns dos grandes representantes da dogmática jurídico-penal brasileira possuem do princípio em apreço – retratando, em rápidas pinceladas, o seu pensamento acerca do processo de aparecimento do princípio da legalidade, desde Roma até a sua configuração atual, surgida na França revolucionária de 1789 –, bem como os conceitos elaborados sobre princípio jurídico, implicando um mergulho na teoria geral do direito.

Nesse mergulho, busca-se, também, demonstrar a polêmica existente em torno da natureza de um princípio, especificamente, em relação ao princípio da legalidade, mormente a partir do que diz a própria dogmática jurídica (penal), expondo, particularmente, a crítica interna formulada pelo *Garantismo* de Luigi Ferrajoli ao positivismo dogmático, a qual é elaborada com fulcro numa modificação conceitual das categorias que compõem a estrutura do sistema jurídico, dentre eles, o conceito de princípio jurídico, desvelando, assim, as incoerências existentes entre o discurso e a prática.

Nesta parte, dá-se destaque para a idéia de princípio como espécie do gênero normativo, principalmente através das idéias de Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho, visando dar-lhe maior efetividade, valorizando o discurso da principiológica voltado para a consecução de direitos fundamentais, indo ao encontro da elaboração teórica de Ferrajoli, concebendo uma reaproximação entre direito e moral, ao contrário das doutrinas positivistas tradicionais.

A seguir, na última parte, procura-se elaborar uma visão crítica externa da concepção principiológica da dogmática no que tange à legalidade, por reconhecer a hegemonia da sua fala no campo jurídico e a necessidade do conhecimento de sua retórica pelos operadores do direito. Objetiva-se, nesse momento, formular um ensaio crítico do princípio da legalidade como *mola-*

mestra do sistema penal, a partir de lugares situados fora do âmbito da ciência do direito e da criminologia tradicional, quais sejam, a Semiologia Política e a Criminologia Crítica.

A Semiologia Política, categoria idealizada pelo professor Luís Alberto Warat, serve como alternativa epistemológica para desnudar a significação como instrumento de controle social, ou seja, como fórmula legitimadora do monopólio da coerção e como condição de homogeneização da pluralidade social, facilitando o exercício do poder político. Examina-se o caráter retórico do princípio da legalidade ao engendrar um discurso de aparência e, conseqüentemente, distante da realidade, objetivando desvelar o papel político da legalidade no exercício do controle da sociedade.

A Criminologia Crítica, surgida na mudança da década de cinquenta para a de sessenta, como produto das mentes de criminólogos da *Nova Escola de Chigaco* (Escola Americana de Criminologia), parte de uma elaboração sócio-política flexível calcada no paradigma da *reação social* (também denominado paradigma do etiquetamento ou da definição), o qual muda o foco da criminologia tradicional (positivista) do crime e do criminoso para o próprio sistema penal moderno – o sistema de controle consistente no encadeamento das esferas de produção normativa e de reação social, expressando o domínio de um grupo ou classe social – rompendo com o monismo cultural do positivismo, em que prevalece o modelo do consenso.

É o quanto basta para estas considerações inaugurais, que revelam o substrato deste ensaio que, longe de retratar “a realidade”, busca simplesmente satisfazer a curiosidade intelectual, assim como a exposição do sentimento e do pensamento (provisório) de quem o escreve.

CAPÍTULO I

O SURGIMENTO DOS PRESSUPOSTOS POLÍTICO E JURÍDICO DA LEGALIDADE

1. ANOTAÇÕES INICIAIS

Não é possível compreender a importância e as funções do modelo e do princípio da legalidade¹ para os fins do Estado e do direito contemporâneo, sem demonstrar, por meio de panorama histórico, a formação dos seus próprios pressupostos sócio-político e filosófico-jurídico. No primeiro caso, o liberalismo², matriz político-ideológica que destruiu o Estado absolutista colocando em seu lugar um novo modelo de Estado baseado na legalidade, do qual se tem como referência o Estado francês de 1789, cuja atividade político-repressiva (de dominação), utilizava o direito como discurso racionalizante e legitimador, visando à manutenção do monopólio da violência para a manutenção da ordem vigente. E, no segundo caso, o positivismo jurídico, em sua versão normativista,

¹ A legalidade, na perspectiva dos sistemas políticos, significa "observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que se regula". BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 111. Este é um conceito de natureza exclusivamente formal.

² Apesar de a tarefa de definir o liberalismo não ser das mais simples, pelas constantes mutações doutrinárias, no interior das condições espaço-temporais localizadas, tem-se com BOBBIO que a doutrina do Estado liberal é a doutrina dos limites jurídicos do poder estatal, ou melhor, "O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções". BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 17.

matriz epistemológica (empirista) que se fortaleceu na passagem para o século XIX, proporcionando a ambiência para o surgimento da chamada ciência (dogmática) do direito³, na qual se acha inserido o princípio da legalidade.

Sustenta Nilo BATISTA, avigorando a relevância desse apanhado histórico, que “o princípio da legalidade, também conhecido por ‘princípio da reserva legal’ e divulgado pela fórmula ‘nullum crimen nulla poena sine lege’, surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal”.⁴

O princípio da legalidade veio ao mundo escorado, em tese, pelo anseio de se estabelecer, no seio da sociedade, regras fixas, expressas e válidas, advindas da razão humana (Iluminismo), que pudessem resguardar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível de quem governa, a fim de fazer reinar um estado de coisas que afastasse a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a parcialidade, tão comuns nas comunidades em que o poder absoluto prevalece e a vontade pessoal do soberano identifica-se com o próprio direito, sem qualquer elaboração ou conhecimento prévios.

Enfim, observa-se o seu surgimento, com mais clareza, na reação do liberalismo ao Estado absoluto. Aquele encontrou, nas revoluções científicas do século XVII e na revolução ideológica do movimento iluminista – relacionada às inovações na área econômica (revolução industrial) – o terreno propício para a promoção de mudanças na fundamentação do poder político.

³ Neste trabalho de pesquisa, faz-se eco ao histórico entendimento comum no meio jurídico de que falar em ciência do direito é falar em dogmática jurídica, sendo esta, no pensamento de Rafael BIELSA, “a disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos” (Conforme WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15). Ainda neste capítulo (item 3.5), tem-se uma abordagem maior sobre a dogmática jurídica e a sua metodologia.

⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

Percebe-se, desde logo, que a legalidade nunca se revelou, apenas, uma simples garantia individual sob a forma de princípio de uma área do conhecimento humano (a ciência jurídica), mas um instrumento ideológico com funções sócio-políticas bem definidas e eficientes, aproveitando-se de sua aparência técnico-instrumental. E os seus antecedentes históricos só vêm corroborar a relação, repetidamente destacada por Michel FOUCAULT⁵, entre poder, direito e verdade.

2. A FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL: O PRESSUPOSTO POLÍTICO DA LEGALIDADE

O discurso da legalidade desponta com a Revolução Francesa de 1789, acompanhada pelo direito napoleônico, sob a inspiração de iluministas, enciclopedistas e filósofos do direito natural, os quais recepcionam da melhor forma o princípio.

É forçoso atribuir a origem do princípio da legalidade às teorias contratualistas do movimento iluminista, segundo as quais o Estado assume a função de instrumento de garantia dos então denominados direitos naturais, no sentido de o seu poder estar limitado aos direitos que os indivíduos possuíam por natureza, quais sejam, os de não serem privados de seus bens naturais (vida, liberdade, propriedade).

Nesse sentido, assevera Ribeiro LOPES:

“Segundo Jescheck a origem assenta-se na teoria do contrato social do iluminismo.

(...) Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo

⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere a reserva legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena aplicável.

Diversos pensadores iluministas, como consectário natural de seu ideário, sustentam a necessidade da contenção do arbítrio judicial e a submissão do juiz à lei, pois só esta pode estabelecer o que é antijurídico e a sua sanção. Nesse sentido são conhecidos os textos pertinentes de Bacon, Puffendorf, Montesquieu e de Hobbes, um partidário da teoria do contrato social, mas para justificar o absolutismo”.⁶

Remarca-se, assim, que a legalidade é fruto de circunstâncias históricas que foram se constituindo dentro de alguns marcos políticos, dentre eles, o marco (paradigma) liberal, de inspiração iluminista, sustentado na oposição ao modelo do *ancien régime* e, mais proximamente, do Estado absolutista ou tirânico, dominante na Europa do século XVII e XVIII, e que serviu de base para a criação de um novo Estado, de uma nova ordem: o Estado liberal-burguês.

Tudo começou com Nicolau MAQUIAVEL⁷ (1469-1527), italiano de Florença, que deu início ao rompimento a concepção medieval de Estado com fundamento na teologia, construindo a teoria de uma forma de Estado a partir de suas experiências e constatações: um Estado com autonomia, sem dependência de qualquer outra autoridade (dessacralizado); como organização distinta da sociedade civil; e que se identificava, de forma absoluta, com o monarca (poder absoluto).

Por esse aspecto, MAQUIAVEL é considerado revolucionário, já que discute a relação entre a política e a religião devido à sua convicção de que a tomada e a conservação do poder é a única finalidade da política, e esta não

⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: RT, 1994, p. 42.

⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Escrito em 1513 e publicado em 1532.

provém de Deus e muito menos da sucessão natural de hierarquias fixas. Embora o combate de MAQUIAVEL às teorias teocráticas, ele não conseguiu se desvencilhar da idéia cristã de que o poder político só se torna legítimo se for justo, e que só será justo se estiver de acordo com a vontade divina.

O Estado moderno, verificado por MAQUIAVEL, é produto de um tumultuado processo histórico localizado entre os séculos XII/XIV e que se estendeu até o final do século XVIII, “graças à especificidade e à combinação de fatores internos e externos das formações sociais ocidentais, bem como ao impacto de profundas transformações estruturais, de natureza sócio-econômica, político-jurídica e ético-cultural que se articularam nas dimensões daquela temporalidade”.⁸

A constituição do novo Estado não há de ser vista como um todo homogêneo, por tal motivo é de se dizer que ela se divide em dois momentos principais, não necessariamente lineares. O primeiro, denominado Estado absolutista, é erguido sob a égide de um poder soberano, monárquico e ainda secularizado. E o segundo, o Estado liberal, é construído sobre a estrutura do primeiro e vinculado ao modo de produção capitalista, com a classe burguesa sobressaindo-se em setores estratégicos de dominação (política e economia), em que prevalece a descentralização democrática e a separação dos poderes, bem como a supremacia constitucional e o império da lei, que o identifica como um Estado de direito, o Estado da legalidade.

É válido mencionar que MAQUIAVEL não foi o único responsável pela elaboração teórica do Estado moderno. Ele foi o precursor. E, a partir dele, diversos pensadores vêm acrescentar outros elementos que irão abalizar, compor essa teoria multifacetada, a qual sofrerá, dentre várias, uma formulação maior e mais completa, nos séculos XVII e XVIII, pelo pensamento

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990, p. 24-25.

contratualista do filósofo inglês Thomas HOBBS⁹ (1588-1679), pedra angular do discurso político da modernidade. Sendo que John LOCKE¹⁰ (1632-1704) e Jean Jacques ROUSSEAU¹¹ (1712-1778) também contribuem de forma sensível, com suas teorias acerca do *Contrato*, para a justificação doutrinária do Estado de legalidade.

O contratualismo *hobbesiano* surge de uma necessidade de se estabelecer, na modernidade, um novo modelo interpretativo da realidade social e política que legitimasse o poder e a estrutura social dentro de perspectivas diferenciadas (poder soberano como produto do consenso) do modelo organicista aristotélico que servia para legitimar a ordem feudal, atribuindo à ordem divina o poder dos príncipes e a organização civil vigente. A proliferação das idéias de MAQUIAVEL, pode ter sido o impulso dado aos governantes da época para a apresentação de novas justificativas para a ocupação do poder assumido.

No modelo contratualista, prevalece uma visão atomista da sociedade, em uma clara comparação com a organização derivada da natureza. HOBBS parte da compreensão do indivíduo (átomo social) como a fonte de todo o poder, o qual adquire legitimidade por uma convenção estabelecida entre os homens de forma hipotética. Desse modo, resolvem-se duas questões ao mesmo tempo: a da legitimidade do poder, fundada numa convenção, e a da fonte de sua legitimidade localizada no indivíduo. O *Contrato*, assim, é resultado de um consenso¹² (em torno da idéia de que fora de uma organização política o homem estará sempre à mercê de seu semelhante). Entretanto, para que se tenha a compreensão de como a doutrina contratualista valorizou e criou a idéia

⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Publicação em 1651.

¹⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Publicação em 1690.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Publicação em 1762.

¹² VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau: a recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 15.

do consenso, é preciso explicitar o conceito de *estado de natureza* em HOBBS.

O estado de natureza seria a situação em que os homens se encontravam antes da constituição da sociedade organizada pelo Estado, que seria, ao mesmo tempo, de liberdade total e ilimitada, por um lado, e de extrema insegurança, por outro, devido ao permanente estado de guerra a marcar as relações dos homens contra os outros homens.

“... nos termos de sua formulação moderna, o conceito de estado de natureza representa um elemento essencial e delimita aquela situação da qual o homem sai quando se associa, mediante um pacto com outros homens, e este ato é considerado o fundamento do poder político (...). Apesar das diferenças entre as várias teorias contratualistas todos, contudo, concordam com Hobbes, que por primeiro formulou este modelo no contexto moderno, de que, no estado de natureza, trata-se de um estado em que inexistia um poder legal, constituído por um contrato, tácito ou expresso, o que impossibilita o monopólio legal da força. É, portanto, um estado de igualdade natural, onde a superioridade física e intelectual não atribui nenhum direito especial ao poder, e onde todos são livres, no sentido de que vivem numa condição de independência, e cada um é senhor de si mesmo”.¹³

Segundo o filósofo inglês, a natureza fez todos os homens iguais quanto à capacidade (de corpo e de espírito) e quanto à esperança de atingir os seus fins, ou seja, todos os homens são dotados de iguais forças e aptidões intelectuais com a finalidade precípua de autopreservação, e essa igualdade provoca sérias desconfianças e temores recíprocos dos quais resulta um verdadeiro estado de guerra.

Afirma HOBBS a respeito do assunto:

¹³ VIEIRA, Luiz Vicente. Obra citada, p. 19.

“... na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou nome.

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. Portanto, ...a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário. Todo o tempo restante é de paz”.¹⁴

O homem é o lobo do homem e guerra de todos contra todos, além de serem as frases mais freqüentemente lembradas quando se menciona HOBBS, revelam a síntese do pensamento político desse autor sobre o que vem a ser o estado de natureza. Daí a sua defesa de que o homem para alcançar a paz deve ingressar no estado social, renunciando ao direito natural de cada homem sobre todas as coisas, contentando-se com uma liberdade limitada organizada por um poder soberano (supremo) nascido de um pacto social.

Vale destacar, com Michel FOUCAULT, que HOBBS busca fazer

¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 108-109.

desaparecer com a sua teoria a aquisição do poder político pela guerra real, histórica, sangrenta, colocando em seu lugar um estado de guerra duvidoso, hipotético, baseado no medo da morte, na insegurança completa.

“(…) O que Hobbes chama de guerra de todos contra todos não é de modo algum uma guerra real histórica, mas um jogo de representações pelo qual cada um mede o perigo que os outros representam para ele, estima a vontade que têm de lutar e avalia o risco que ele correria se tivesse que recorrer à força. A soberania – quer se trate de uma ‘república por instituição’ ou de uma ‘república por aquisição’ – se estabelece não por um fato de dominação belicosa, mas, ao contrário, por um cálculo que permite evitar a guerra. Para Hobbes, é a não-guerra que funda um Estado e lhe dá sua forma.”¹⁵

FOUCAULT continua a esclarecer que, ao contrário do que diz a teoria filosófico-jurídica, o poder político não se inicia quando a guerra acaba, ele é simplesmente uma nova forma de dar continuidade a ela, é “a guerra continuada por outros meios”.¹⁶ E completa o autor francês:

“(…) E, se é verdade que o poder político pára a guerra, faz reinar ou tenta fazer reinar uma paz na sociedade civil, não é de modo algum para suspender os efeitos da guerra ou para neutralizar o desequilíbrio que se manifestou na batalha final da guerra. O poder político, nessa hipótese, teria como função reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andréa Daher. Cons. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 76.

¹⁶ A expressão é de Michel FOUCAULT ao inverter uma formulação de Carl von Clausewitz que enuncia: “A guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”; ela “não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento da política, seu prosseguimento por outros meios”. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

de uns e de outros (...).¹⁷

Quanto à natureza absoluta do poder soberano é conveniente estabelecer algumas considerações de ordem comparativa. Enquanto para Jean BODIN¹⁸ (1530-1596) esse poder comporta certos limites (o monarca interpreta e obedece a leis divinas), verifica-se em HOBBS um tipo de poder modificado em um sentido ainda mais forte, pois vai além das barreiras impostas pelas leis da divindade ou da natureza. HOBBS considera-as como meras regras de prudência, pois se assim não fosse o poder não teria o caráter efetivamente soberano, já que não revelaria a força necessária para estabelecer a garantia da vida e a paz dos cidadãos, objetivo maior do *Contrato*. Portanto, em HOBBS, o *Contrato* cria um Estado absoluto que se identifica com o soberano, autoridade que está acima do bem e do mal. Ele é quem decide o que é justo, o que é moral e, por isso, as suas vontades, manifestadas por suas ações, transformam-se em leis, revelando uma troca de posição do *bem* pelo direito – separação entre direito e moral – que tem, na soberania, um novo suporte de legitimação da ordem social, responsável pela pacificação.¹⁹

É, todavia, em John LOCKE que se encontrará as bases de um pensamento político (contratualista) de cunho liberal. Primeiro, através do desenvolvimento do empirismo, teoria filosófica que afirma ser a alma humana uma espécie de *tábula rasa* e que, portanto, todo o conhecimento humano seria adquirido na experiência sensível, rompendo com a doutrina das idéias inatas

¹⁷ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 23.

¹⁸ Conforme GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 5. ed. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 12.

¹⁹ “Na linguagem moral e política elaborada por Hobbes, e que ainda é nossa nos dias atuais, o DIREITO assumiu o lugar do BEM. A ênfase positiva, a intensidade de aprovação moral que os antigos, pagãos e cristãos, depositavam no bem, os modernos, depois de Hobbes, passaram a depositar no direito, no direito do indivíduo.” MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*. Rio de Janeiro: Imago, 1990, p. 45.

(inatismo) que amparava o caráter divino do poder monárquico (e também o jusnaturalismo teológico).²⁰ Segundo, por sustentar uma limitação ao poder do soberano, materializada na preservação dos direitos naturais: a liberdade da pessoa e a propriedade dos bens. Assim, os objetivos primordiais do Estado são resultantes de uma transferência de poderes naturais do homem à sociedade pelo pacto, quais sejam, a de adotar medidas para a preservação do próprio homem e de sua propriedade (poder deliberativo) e de executar punições contra os violadores da lei natural (poder executivo).

LOCKE compreende que os homens no estado natural são completamente livres e iguais, e que o estado de natureza, ao contrário do pensamento de HOBBS, é o próprio estado de sociedade. Mas acredita que, nesse meio, existe uma guerra que prejudica o gozo do imaculado direito à propriedade. Por isso, o homem sente uma necessidade de criar a organização política (o Estado) e de se submeter a um governo a fim de amenizar os efeitos dessa guerra, abdicando de sua liberdade plena, visando à sua garantia parcial e à conservação do exercício do direito à propriedade.

Destarte, para LOCKE, o contrato tem como substrato a garantia dos interesses privados dos contratantes e, por isso, o Estado dele decorrente, apesar de ser soberano, não possui mais um caráter absoluto, já que a sua autoridade decorre do pacto (vontade dos homens), o qual pode ser revogado em caso de não cumprimento dele, já que a legitimidade está centrada nos contratantes, que não transferem para a sociedade política a sua soberania.

“A relação entre propriedade e liberdade é extremamente evidente: o poder supremo não pode tirar do homem uma parte de suas propriedades sem o seu consentimento. Pois a finalidade de um governo e de todos os que entram em sociedade é a conservação da propriedade. Isso pressupõe e exige que o povo tenha uma propriedade, sem o que

²⁰ Conforme VIEIRA, Luiz Vicente. Obra citada, p. 31-32.

deveríamos concluir que – ao entrar na sociedade – perde-se justamente aquilo que constitui o objetivo desse contrato.

O Estado não pode tirar de ninguém o poder supremo sobre sua propriedade. Não é possível nenhum ato arbitrário do Estado que viole a propriedade: por exemplo, os impostos devem ser aprovados pelo Parlamento, o monarca não pode decretar impostos sem o consentimento do Parlamento, conforme tradição que já estava consolidada na Inglaterra – e assim por diante.

É realmente estrita essa conexão entre propriedade e liberdade: a liberdade está em função da propriedade e esta é o alicerce da liberdade burguesa, que nessa época era progressista”.²¹

No contratualismo lockeano, evidencia-se a concepção burguesa de sociedade, a qual é caracterizada por uma ideologia política alicerçada pelo individualismo das relações mercantis e contratuais, ensejando, nessa fase, o aparecimento de uma distinção entre sociedade política e sociedade civil, baseado no critério da possibilidade de transmissão do direito de propriedade (próprios da sociedade civil) e da impossibilidade de transmissão do poder político (próprio do Estado) – talvez aí o resgate da divisão romana entre direito público e privado.

Na medida em que LOCKE libertou a propriedade privada da comunidade, permitiu ao Estado alcançar uma existência dicotomizada da sociedade civil, criando, pelo discurso da universalidade (razão universal), uma forma de organização com a finalidade de garantir, reciprocamente, aos homens (burgueses), suas propriedades e seus interesses, sob a aparência de proteção a interesses gerais.

Tem-se, ainda, em LOCKE, que a lei assume o papel de principal instrumento para a consolidação desses objetivos estatais: preservar a propriedade e punir os delitos de todos os membros da sociedade. Daí uma

²¹ GRUPPI, Luciano. Obra citada, p. 15.

preocupação especial com o poder legislativo, a tal ponto de o seu estabelecimento ser considerado a *lei positiva primeira e fundamental de todas das sociedades* e de ele ser o poder supremo da comunidade pelo direito que possui de fixar as diretrizes da forma pela qual a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros.

“Esse *legislativo* é não apenas o *poder supremo* da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de *lei* se não for *sancionado pelo legislativo* escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à *lei*, o *consentimento da sociedade*, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida. Portanto, toda *obediência* a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes termina finalmente nesse *poder supremo* e é regida pelas leis que ele promulga.”²²

Identifica-se, na elaboração teórica de John LOCKE, o início da estruturação do Estado de direito, nas seguintes características atribuídas ao poder legislativo: não o concebe, mesmo em sua supremacia, como um poder arbitrário e absoluto sobre a vida e os bens do povo; ele deve estar limitado ao bem público da sociedade e ser exercido por intermédio de leis promulgadas e fixas, que não poderão variar nos casos particulares, e de juízes conhecidos e autorizados; não pode impor tributos sobre a propriedade do povo sem o seu consentimento; e não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, pois o seu poder é delegado pelo povo. Se assim não fosse, entende ele que a paz, a tranqüilidade e a propriedade estariam entregues à mesma incerteza em que se achavam no estado de natureza, não havendo,

²² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 503-504.

portanto, qualquer razão para os homens se submeterem à sociedade e ao governo.

Pela concepção lockeana de sociedade política, existe ainda outra novidade de grande importância para o pensamento político liberal. Ela vislumbra, além do poder legislativo, a vida de outros dois poderes estatais que, apesar de subordinados ao primeiro, mantêm relativa independência: o poder executivo (com a função de execução das leis) e o poder federativo (responsável pelos assuntos externos do Estado). Resta notória, portanto, uma contribuição para o aprofundamento da discussão acerca da separação de poderes públicos a partir de LOCKE, o que não existia, em *absoluto*, no Estado despótico de HOBBS.

É, contudo, pela idealização de MONTESQUIEU (1689-1755)²³ que o tema da separação dos poderes vem assumir maior envergadura na teoria política, em especial, para a construção do liberalismo e, conseqüentemente, da legalidade. Ele, sem se distanciar do contratualismo de LOCKE, formula a sua teoria no livro XI de sua obra e, distingue-se deste, por não conceber uma hierarquia de poderes, e sim, um sistema de controle de um poder sobre o outro para alcançar um equilíbrio, girando em torno do conceito de liberdade. E esses poderes, com base na Constituição da Inglaterra, são de três espécies: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil (o poder judiciário).

MONTESQUIEU inicia o capítulo trabalhando as leis que constituem a liberdade política. E, após definir o que vem a ser liberdade como o “direito de fazer tudo o que as leis facultam” (liberdade negativa), situa nos Estados moderados a ambiência dessa liberdade, na hipótese de não ocorrer o “abuso de poder”, o qual só é evitado quando, pela disposição das coisas, “o poder constitua um freio para o poder”.

“Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de

²³ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Publicação em 1748.

magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares”.²⁴

Com a formulação do princípio da separação dos poderes, MONTESQUIEU fincou em bases mais sólidas o discurso político do liberalismo ao proteger as liberdades individuais dos efeitos negativos do poder, evidenciando uma inversão do pensamento de LOCKE, que preservava a liberdade a partir da soberania das leis.

Assim, formou-se o discurso de verdade do Estado liberal (Estado de legalidade), que foi fortemente combatido pelo pensador genebrino Jean Jacques ROUSSEAU, em sua obra *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, que, em oposição àquele, formulou um modelo contratualista alternativo, baseado na democracia direta ou popular, segundo o qual a sociedade humana é uma coletividade detentora de uma vontade própria diferente da soma das vontades individuais, devendo o cidadão subordinar-se inteiramente a essa *vontade geral* (vontade da maioria), renunciando as idéias marxistas.

ROUSSEAU, com o seu pensamento, simboliza um autêntico crítico

²⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. Coleção *A obra-prima de cada autor*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 166.

tanto do absolutismo quanto da doutrina individualista de HOBBS e LOCKE. Ele se situa fora desses modelos por preconizar um contrato social voltado para uma consciência da dignidade do homem em geral e por adotar um sistema de legislação que objetiva a realização dos princípios da liberdade e da igualdade, bases de um projeto de sociedade sem desigualdades. Isso tudo porque, com o aparecimento da propriedade privada, o homem, que era bom, passou a viver em competições, desequilibrando o estado de natureza.

Com esse discurso, ROUSSEAU influenciou enormemente os movimentos que culminaram na Revolução Francesa, principalmente a partir da obra *O Contrato Social*.

“(...) Rousseau é ator singular neste cenário filosófico e político, tendo assumido características especiais, pois se, por um lado, combate o antigo regime, é crítico em relação à nova ideologia emergente naquele momento [liberal]. Sua posição foi de reserva e independência em relação ao iluminismo que ele censurava por elevar a razão à ‘categoria de verdadeira deusa’. Apesar de ter participado da Enciclopédia com seu artigo ‘*Sobre a economia política*’, teve inúmeras polêmicas com os enciclopedistas que ele rejeitava por seu racionalismo exagerado”.²⁵

A elaboração teórica de ROUSSEAU foi apropriada pelo Estado liberal, inclusive no que tange à natureza da liberdade, que de lei natural passou a lei positiva, pois atribui a responsabilidade de sua efetividade à lei como produto da vontade universal (pelo pacto) e destinada ao corpo social, abandonando o vínculo com a ordem natural, já que, segundo ele, são necessárias convenções e leis para a realização da liberdade (igualdade de direitos e deveres), e conduzir a justiça ao seu objetivo, pela sanção coletiva de todos a todos.

Outrossim, a democracia concebida por ROUSSEAU não é elemento indispensável à formação de um Estado liberal, pois este surge historicamente

²⁵ Conforme VIEIRA, Luiz Vicente. Obra citada, p. 44.

em sociedades com evidentes restrições à participação no governo, que é limitada às classes detentoras da propriedade.

O liberalismo concebe o Estado como a organização (intervenção) sócio-política mínima necessária à manutenção da ordem (Estado mínimo), que, observada pelo ponto de vista sociológico, objetiva a menor intromissão possível na esfera de ação dos indivíduos, constituindo uma determinada ordem, dominada e direcionada por uma classe. Assim, a democracia, como forma de governo, apesar de ser possível nesse tipo de Estado, não é a preferível, pelas dificuldades dela decorrentes ao abuso de poder.

Depois deste percurso por fragmentos da teoria política, é perceptível o esforço dos liberais, ao criar um novo fundamento do poder político, em tê-lo sob o seu controle, principalmente, através do arcabouço jurídico, negando o poder absoluto por meio de delimitações intransponíveis. Daí o aparecimento do Estado de direito – uma organização política cuja atividade é determinada e limitada pelo direito, em que o direito curva o poder. O Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (leis fundamentais/constitucionais).

Aduz BOBBIO sobre o assunto:

“(…) quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’ (...). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal

como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora).

Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder (...).²⁶

É nítida a utilização do saber jurídico na composição de uma moderna ordem estatal, de uma moderna forma de dominação. Por esse motivo, mostra-se relevante ir à busca dos antecedentes dos saberes filosófico-jurídicos que sustentaram o Estado liberal-burguês, como se deu a estruturação do pensamento jurídico no sentido da legalidade racionalizadora. E, conectado a essa trajetória, discute-se adiante os pressupostos filosófico-jurídicos do Estado liberal.

É de se perceber, antes de tudo, que existe uma confluência histórica entre as teorias do Estado e do direito, cujos vínculos foram se estreitando pelas teorias contratualistas, até o seu enlace definitivo no Estado de direito. Essa união é especialmente notória no pensamento de Immanuel KANT (1724-1808) que, com o seu formalismo, reduziu a concepção de Estado ao aspecto meramente jurídico, tomando-o como “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”²⁷; e no pensamento de Max WEBER (1864-1920), que entendeu ser o Estado “aquela comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem sucedida, o monopólio da violência física legítima”, convertendo-se, assim, o Estado na única fonte do *direito* à violência. A ordem jurídica vem, portanto, racionalizar as

²⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 18-19.

²⁷ Conforme BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 63.

regras concernentes à aplicação da força, monopolizada pelo Estado.²⁸

3. O SURGIMENTO DO JUSPOSITIVISMO: O PRESSUPOSTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DA LEGALIDADE

A história da incorporação do direito pelo Estado, através de um processo de transformação (redução) do modelo jurídico dualista (direito natural e positivo) no modelo monista (simplesmente positivo), guardado por uma emergente e *pseudociência* denominada de *dogmática*, confunde-se com a história de assunção do paradigma juspositivista em detrimento do jusnaturalista, no século XVIII. Desse fato decorre a inevitável identificação entre direito e lei, a qual é, para LYRA FILHO, produto do repertório ideológico do Estado liberal, que, em posição privilegiada, busca “convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis”.²⁹

Esse pensamento jurídico reducionista, localizado na modernidade³⁰, é determinado pelo formalismo kantiano e pelo juspositivismo. Formalista porque, na interpretação e na aplicação do direito, seus princípios práticos fazem abstração de todos os fins subjetivos (morais), funcionando como linguagem instrumental voltada à solução de conflitos, inteiramente separada da moral. Positivista porque o modelo único de validade do direito repousa na representação popular (vontade geral) e os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do

²⁸ Conforme BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 65-66.

²⁹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 8.

³⁰ O termo é utilizado no sentido de direito produzido pelo Estado moderno. Pretende-se deixar evidenciado o vínculo entre poder e direito, elaborando o processo de constituição do pensamento jurídico do Estado liberal (Estado de direito).

juiz à lei.³¹

3.1. Direito natural *versus* direito positivo

A partir dessa contextualização e, recuperando o que ficou verificado anteriormente no processo político acerca do ponto marcante de distinção entre a concepção medieval e a concepção moderna de Estado, qual seja, a superação da origem divina do poder (Estado) por aquela decorrente do consenso entre os homens (contratual), é de se buscar fazer um paralelo com a sua nuance filosófico-jurídica para a construção/estruturação do Estado de legalidade.

O saber jurídico, por óbvio, sofreu importantes adaptações de conformidade com a mudança organizacional das sociedades através da história, atravessando várias reelaborações teóricas, não lineares, em suas bases epistemológicas, limitadas, neste estudo, a dois tradicionais modelos ideológicos³²: jusnaturalismo e juspositivismo, visto que os demais, de uma forma ou de outra, partem dessas matrizes, que se situam entre o direito natural e o direito positivo.

Segundo Agostinho MARQUES NETO, as concepções tradicionais sobre o direito, em regra, costumam apresentá-lo de duas formas alternativas: a) como um conjunto de princípios intangíveis e imutáveis, preexistentes ao próprio homem, aos quais este só teria acesso se eles fossem objeto de uma revelação divina ou de uma captação através da razão; e b) como o sistema de

³¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 64 e ss.

³² O uso do termo aqui decorre do pensamento de LYRA FILHO, no sentido de “repertório de crenças que os sujeitos absorvem e que lhes deforma o raciocínio, devido à consciência falsa”, fruto de contradições da estrutura sócio-econômica relacionadas com a divisão de classes e com a dominação de uma(s) sobre outra(s). LYRA FILHO, Roberto. Obra citada, p. 22.

normatividade jurídica emanado do poder público. E prossegue explicando:

“No primeiro caso, afirma-se a existência de um direito supra-social que corresponderia a uma ordem divina ou natural já dada, de que a norma jurídica seria a expressão mais ou menos imperfeita. No segundo, estabelece-se a equivalência entre Direito e norma, o que implica na suposição de que ambos constituem uma só realidade e na conseqüente negação da existência, no interior do espaço-tempo social, de fenômenos que possam ser investigados sob o enfoque jurídico, gerados por diferenciação das relações sociais (...)”.³³

Conforme BOBBIO, toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre direito positivo e direito natural, ou seja, pela distinção entre aquilo que é por natureza e aquilo que é por convenção dos homens.³⁴

A distinção conceitual entre direito natural e direito positivo é antiga. Desde os idos tempos de Platão e Aristóteles, atravessando o Direito romano, bem como os escritores da Idade Média, elaboram-se critérios de separação entre esses dois direitos, cujo resultado vai sofrer a colaboração, nos séculos XVII e XVIII, de jusnaturalistas e juspositivistas.

Como produto das várias distinções, BOBBIO destaca seis critérios diversos:

“a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (...);

³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramaiho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 127-128.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda (...); essa característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus*;

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (...): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (...) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (...);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações...: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil".³⁵

Tais distinções, longe de apontar uma diferença qualitativa entre direito natural e direito positivo, demonstram uma diversidade de grau, no sentido de que uma espécie de direito é colocada em um patamar superior ao da outra, sem, contudo, excluir qualquer deles da categoria do direito.

Constata-se, no período clássico, a prevalência do direito positivo, enquanto direito especial ou particular, sobre o direito natural (direito comum), sempre que houvesse um conflito sobre qual direito deveria ser aplicado. Já na

³⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 22-23.

Idade Média, o direito natural passa a ser superior ao direito positivo, pois há uma inversão na relação entre eles, devido a uma mudança na percepção do direito natural, que é tido como uma norma fundada na vontade divina, captada pelo homem através da razão.

Considerado como expressão da natureza humana ou dedutível de princípios da razão, o direito natural sempre foi colocado, pelos seus defensores, como superior ao direito positivo, em virtude de ser absoluto e universal, tendo influenciado, historicamente, grandes reformas jurídicas e políticas, que nortearam formações de ordens políticas na Europa e nos Estados Unidos, no século XVIII.

Outrossim, como corrente de pensamento jurídico, pela sua amplitude, e conseqüentes divergências, a respeito do direito natural, Agostinho MARQUES NETO, buscando uma estruturação razoável, articula que, quanto ao jusnaturalismo, "podemos afirmar que, tomado em seu sentido lato, o termo engloba todo o idealismo jurídico, desde as primeiras manifestações de uma ordem normativa de origem divina, passando pelos filósofos gregos, pelos escolásticos e pelos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até chegar às modernas concepções de Direito Natural formuladas, entre outros, por STAMMLER (1856-1938) e DEL VECCHIO (1878-1970)".³⁶

A freqüente redefinição e as divergências mantidas entre os jusnaturalistas acerca do que seja e do que prescreve o direito natural embaraçam a composição de uma escola de pensamento jurídico bem delineada, apesar de prosperar, nos séculos XVII e XVIII, a marcante Escola do Direito Natural, abrangendo um enorme contingente de pensadores, que concebeu o jusnaturalismo como forma de *jusracionalismo*.

Foi no protestantismo que essa escola nasceu e vitalizou-se, resultando do racionalismo. E como representantes marcantes pode-se aludir: a) o maior

³⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Obra citada, p. 133.

deles, Hugo GRÓCIO (1583-1645), jurista holandês, que sustentou ser o direito natural deduzido da razão, de conformidade com a natureza humana; b) Samuel PUFENDORF (1632-1694), jurista alemão, que consolidou esse movimento, e entendeu, opondo-se parcialmente a GRÓCIO, que a lei natural deve ser atribuída ao instinto social, apesar de ser atingida pela razão; c) Gottfried Wilhelm LEIBNIZ (1646-1716), filósofo alemão, para quem o direito natural é uma necessidade moral, revelada por uma razão eterna, inata em todo ser humano, como expressão da inteligência de Deus; d) Christian THOMASIIUS (1655-1728), jurista e filósofo alemão, uma das pedras angulares do Iluminismo e da Ilustração na Alemanha, que sustentava a liberdade de pensamento e a emancipação do homem quanto aos valores ético-culturais, e o grande responsável pela distinção entre direito e moral (critério da exterioridade), sendo esta o fundamento daquele; e) Immanuel KANT, que, do ponto de vista da Filosofia Jurídica, pode ser tido como um sucessor de THOMASIIUS, ao estabelecer outros critérios para diferenciar direito e moral (coercitividade, por exemplo).³⁷

Com o desenvolvimento da Escola de Direito Natural, no transcorrer do século XVIII, o direito natural foi libertado pouco a pouco da prevalente visão teológico-tomista, cedendo lugar a uma visão fundada no racionalismo jurídico.³⁸

Sobretudo com GRÓCIO, iniciou-se um robusto processo de separação

³⁷ Ver a respeito do assunto: GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 374-376; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 653-657; e MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Obra citada, p. 133-136.

³⁸ O saber jurídico que, na Idade Média, dava ao direito uma conotação sagrada transcendente decorrente da cristianização, passa por um processo, desde o Renascimento, de dessacralização, que faz aparecer, paulatinamente, o direito como resultado sistemático da razão, "... como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias", contagiando, assim, paralelamente, o fenômeno do Estado moderno. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 72-73.

do direito da teologia, mediante uma gradativa emancipação em relação ao pensamento escolástico, operando-se então um verdadeiro corte que o desenvolvimento da ciência jurídica (dogmática), nos séculos seguintes, veio consolidar.³⁹

A visão do direito natural, pelo racionalismo do jusnaturalismo setecentista, é retratada por FERRAZ JUNIOR da seguinte forma:

“... o direito natural aparecia como um conjunto de direitos e deveres que se aplicavam às relações entre os seres humanos de forma análoga à que ocorre com o direito posto, o direito positivado ou pelos costumes ou pela decisão expressa da autoridade institucionalizada. Nessa época, o direito natural, até então, uma disciplina moral, ganhou certa autonomia e se transformou numa genuína disciplina jurídica. Pressupunha-se uma espécie de duplicação do sistema jurídico: por de trás ou por cima das relações jurídicas estabelecidas por normas postas admitia-se o conjunto dos direitos naturais. Esta idéia permitiu, então, uma separação entre direito e moral (assim, por exemplo, em Pufendorf, Thomasius, Kant), concebendo-se o primeiro, em oposição à segunda, pela noção de compulsão ou poder de compulsão exteriorizada por normas enquanto comandos objetivos”.⁴⁰

No primeiro momento da laicização supra-referida, devido à carência de explicação do direito e do Estado sem transcender o plano do simplesmente humano, ela se opera com fidelidade a alguns pressupostos medievais. GRÓCIO declara que a justiça possui fundamento de razão, de maneira tão inamovível, que ela existiria mesmo que, por absurdo, Deus não existisse. Embora afirmada a existência de Deus, não é dessa idéia que decorre a legitimidade da ordem justa, e sim dos ditames da razão. Depois do mestre holandês, os pensadores jusnaturalistas racionalistas como que se desnudam

³⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Obra citada, p. 134.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 170.

das vestes valorativas transcendentais, preferindo explicar o universo jurídico e político segundo dados estritamente humanos e a-históricos, pela influência do pensamento cartesiano.⁴¹

A Escola do Direito Natural distingue-se da concepção clássica (teológica) do direito natural (Aristóteles e Santo Tomás) porque, para esta, a lei é pressuposta ao problema do *agir segundo a lei*, e, para aquela corrente, põe-se primeiro o *indivíduo* com o seu poder de agir, para depois se pensar na lei, ou seja, é da autoconsciência do indivíduo que vai resultar a lei.

Essa concepção clássica do direito natural, que prevaleceu na Idade Média, servia perfeitamente à sua estrutura aristocrático-feudal, pois se valia de Deus para justificar o poder político. Assim ocorreu, na modernidade, com a classe burguesa, a qual, ao adquirir o poder económico, providenciou logo um outro tipo de jusnaturalismo para conquistar o poder político, baseado em um direito natural antropológico.⁴²

No final do século XVIII e início do século XIX, por obra do juspositivismo, ocorre uma nova reviravolta no pensamento jurídico, com a redução de todo o direito ao direito posto (pelo Estado). O direito natural passa, portanto, a ser excluído da categoria do direito, por conveniência do poder político liberal-burguês, não existindo, a partir de então, outro direito senão o positivo. Pode-se localizar historicamente essa passagem para o positivismo jurídico com o início da codificação.

Essas mutações dos saberes jurídicos, como é perceptível, se dão na medida em que e porque acompanham as modificações implementadas na fundamentação do poder soberano. A Idade Média, em especial, é uma época fértil para a demonstração da imbricação da história política e jurídica, de tal forma que é tarefa heróica entender-se certos institutos pela ótica singular de

⁴¹ REALE, Miguel. Obra citada, p. 644-645.

⁴² Denominação dada por LYRA FILHO, Roberto. Obra citada.

um destes ângulos.

Neste sentido, FOUCAULT observa que nas sociedades ocidentais, desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real. Foi a pedido do poder régio, em seu proveito, e para servir-lhe de instrumento ou de justificação que se elaborou, no entender do filósofo francês, o edifício jurídico dessas sociedades. E segue o seu raciocínio afirmando que:

“O papel essencial da teoria do direito, desde a Idade Média, é, sem dúvida, o de fixar a legitimidade do poder. E o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania, ou seja, a função do discurso e da técnica do direito é dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência. O sistema do direito é inteiramente centrado no rei, o que quer dizer que é, em última análise, a evicção do fato da dominação e de suas conseqüências”.⁴³

Para ratificar esse entendimento, destaca-se, com LYRA FILHO, que “a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural (com fundamento acima das leis) e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente)”, já que o poder de legislar tinha sido por ela conquistado. A burguesia utilizou, com a queda do feudalismo, o jusnaturalismo racionalista como direito revolucionário, visando ao abatimento da ordem jurídica feudal, sedimentando a sua concepção do mundo, no Código de Napoleão (1804). Com isso, perde o ímpeto insurreto, passando a querer manter suas conquistas pelo direito positivo vigente.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*, p. 31.

Desta forma, a demonstração da transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico (corrente do pensamento jurídico que predomina desde o início do século XIX até os dias atuais), e da ligação deste com a formação do Estado moderno, permite a compreensão dos fundamentos da legalidade – enquanto forma de dominação baseada na crença na organização racional do direito com base na lei – e da ambiência em que se constituiu a ciência (dogmática) do direito.

3.2. A apropriação do direito natural pelo normativismo (a positivação do direito natural)

Quando se fala da passagem, no século XVIII, do jusnaturalismo para o positivismo jurídico, não significa uma superação pura e simples do direito natural, mas uma modificação na forma de produção e aplicação desse direito, cuja dicotomia com o direito positivo foi paulatinamente enfraquecida, em decorrência da mudança sócio-político-revolucionária da época.

Uma das razões desse enfraquecimento deve ser atribuída à sistematização completa do direito sobre bases racionais (princípios da razão), a partir do Renascimento. Assim, os direitos naturais passaram a compor um lote de direitos e deveres semelhante ao direito positivado. E essa sistematização jurídica possibilitou, no século XVII, pela Escola do Direito Natural, a separação entre direito e moral (PUFENDORF, THOMASIIUS e KANT), o que facilitou enormemente o enfraquecimento dessa visão dualista do mundo jurídico, em prol de um monismo calcado na positivação. Pois o direito natural, ganhando autonomia em relação à moral, aproxima-se sensivelmente do direito positivo, mantendo-se, apenas e temporariamente, num nível superior de normas *postas* na Constituição, com a chamada *promulgação constitucional dos direitos fundamentais*, sendo estes considerados naturais e os demais, positivos, esmaecendo-se tal distinção no decorrer do tempo.

A positivação significou a institucionalização da mutabilidade do direito, pois:

“... sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, o costume, a razão e passa, reconhecidamente, a basear-se na própria vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença: indiferença quanto ao que valia e passa a valer (aceita-se tranqüilamente a mudança), quanto à incompatibilidade de conteúdos (aceita-se a inconsistência e se convive com ela), quanto às divergências de opinião (aceita-se a tolerância como uma virtude-chave) (cf. Luhmann...)”.⁴⁴

Na Idade Média, o caráter pluralista das sociedades, que permitia a cada agrupamento social dispor de um ordenamento jurídico próprio, dava contornos de fenômeno social ao direito, revelando-o como algo produzido não pelo Estado, mas pela sociedade. Adiante, este pensamento é completamente modificado com o surgimento do Estado moderno, que traz para si o monopólio da produção jurídica. Presencia-se, assim, uma mudança radical na forma de se estruturar o direito, pois o Estado passa a concentrar todos os poderes, inclusive e principalmente, o de criá-lo.

Tem-se com BOBBIO, que antes da formação do Estado moderno, o juiz na resolução de controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, pois gozava de certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podendo deduzi-la tanto das regras dos costumes, quanto em critérios de equidade. Entretanto, com a formação do novo Estado, é subtraída ao juiz a faculdade de aplicar normas sociais para resolver as controvérsias, sendo-lhe imposta a obrigação de observar tão-somente as normas postas pelo Estado. Eis a demonstração da aproximação do direito natural rumo ao direito positivo, afastando-se da moral, sendo que, daí em diante, o direito positivado passa a ser visto como o

único (autêntico) direito a encontrar aplicação nos tribunais.⁴⁵

Desde HOBBS já se percebia uma tendência ao positivismo jurídico, pois ele, ao combater a *common law*, afirmava o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, visando a assegurar o poder absoluto do Estado, que de qualquer forma era limitado pelos direitos naturais e, primeiramente, pelo poder eclesiástico. Daí a sua elaboração jusnaturalista de um estado de natureza como um estado de anarquia permanente, a fim de justificar a necessidade do Estado absoluto, que surge como a solução mágica para a própria condição da existência humana, monopolizando o uso de toda a força. Decorre disso, uma monopolização do poder normativo, do poder de pôr normas disciplinadoras das relações sociais, que passam a ser consideradas as únicas normas jurídicas porque somente elas são observadas, em virtude da coação estatal. Assim, o direito natural perde o seu valor, cedendo lugar a uma única espécie de direito que vale: o criado pela autoridade (do Estado).⁴⁶

As principais correntes filosóficas do século XIX, mesmo partindo de diferentes premissas e com diversas motivações, empreenderam um combate ao pensamento jusnaturalista, tendo como ponto de partida, a refutação do direito natural, e, como ponto de chegada, a busca de um fundamento para o direito que se distanciasse daquele que o põe na natureza originária do homem. Dentre elas, impõe-se destaque: o utilitarismo de Bentham, o historicismo, através da *Escola Histórica do Direito* de Savigny, e o próprio positivismo jurídico.⁴⁷

⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 179.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 28.

⁴⁶ Conforme BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 34-36.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 126.

3.4. A contribuição de Montesquieu e de Cesare Beccaria para o surgimento do positivismo jurídico

Ehrlich, na obra *A Lógica dos Juristas*, considera MONTESQUIEU e BECCARIA os responsáveis pela estatização do direito, colocando-os entre os maiores expoentes das concepções político-jurídicas de inspiração iluminista e que exerceram enorme influência nos ambientes político-culturais liberais. O primeiro, destaca-se como sendo o teórico da separação dos poderes e o segundo, o precursor de uma concepção liberal do direito.⁴⁸

MONTESQUIEU contribui, ainda, de forma insofismável para a valorização de uma ordem política e de concepção positiva do direito como única forma de manter uma coesão social, haja vista acreditar ele que “Logo que os homens se reúnem em sociedade, perdem o sentimento da própria fraqueza; a igualdade que entre eles existia desaparece, e principia o estado de guerra”.⁴⁹ Assim, somente através de leis expressas e impostas pelo Estado, a sociedade poderia evitar a sua desagregação.

Angustiado também com a questão da estabilidade das decisões judiciais, MONTESQUIEU inclina-se à idéia da onipotência do legislador, recomendando que a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei (o juiz é a boca da lei), a fim de garantir a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei: “... se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos”.⁵⁰

⁴⁸ Conforme BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 39.

⁴⁹ MONTESQUIEU. Obra citada, p. 20.

⁵⁰ MONTESQUIEU. Obra citada, p. 167-168.

Na área propriamente jurídico-penal, os conceitos de MONTESQUIEU são retomados por Cesare BECCARIA em sua magna obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), a qual constitui um marco introdutório da base filosófica racionalista no direito, tendo a capacidade de representar o robusto movimento europeu de reforma penal estabelecida com o Iluminismo.

Trata, pois, inequivocamente, o trabalho de BECCARIA, de um discurso de combate à Justiça penal do *antigo regime* e de uma projeção de uma Justiça penal liberal, humanitária e utilitária, de modelo contratual, que lutava pela certeza do direito e pela segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe. Portanto, centralizava a sua preocupação na instauração de um regime de estrita legalidade, a fim de evitar a incerteza do poder punitivo.⁵¹

A partir desse lugar, proclama o princípio da estrita legalidade no direito penal:

"A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão".⁵² (grifou-se)

Ainda sobre o assunto, BECCARIA adiante menciona que o juiz, além de não poder aplicar penas fora dos casos e limites previstos em lei, fica proibido de interpretá-la, sob pena de fugir ao sentido pretendido pelo legislador.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49-50.

⁵² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997, p. 30.

Vejamos:

“A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juizes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juizes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. Não nas recebem como obrigações de um antigo juramento, nulo, por ligar vontades não existentes, iníquo, por reduzir os homens do estado de sociedade ao estado de rebanho, mas como efeito de um juramento tácito ou expresso, que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano, como vínculos necessários para frear e reger o fermento intestino dos interesses particulares (...)”.⁵³

BECCARIA não pretende, com a expressão desse enérgico pensamento em favor do direito positivo, negar o jusnaturalismo. Simplesmente o desloca de sua concepção clássica, teológica, para uma concepção racionalista. Até porque, em sua obra, ainda tem grande valia conceitos como: estado de natureza, lei natural e contrato social.

Vera ANDRADE entende que o pensamento do Marquês de BECCARIA representa uma formulação programática dos princípios da legalidade dos delitos e das penas, da certeza e da igualdade jurídicas, da humanidade, da proporcionalidade e da utilidade, para a fundação de um direito penal liberal, que parte do contrato social como novo fundamento e legitimidade das penas e do direito de punir, significando a sua racionalização.

Ratificando esse raciocínio, em outra passagem da obra o jurista italiano assinala:

⁵³ BECCARIA, Cesare. Obra citada, p. 32-33.

“Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos (...).

(...) Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito. Observemos que a palavra direito não se opõe à palavra força, mas a primeira é antes uma modificação da segunda, isto é, a modificação mais útil para a maioria. Por Justiça entendo o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade. Todas as penas que ultrapassarem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas pela própria natureza”.⁵⁴

Inaugura o penalista milanês a exigência do princípio da legalidade como primeira consequência do *jus puniendi* criado pelo *Contrato* e fundado no princípio da separação dos poderes, ficando clara a influência que sofreu, entre outras, do pensamento de MONTESQUIEU. Ele preconiza, repisemos, que apenas as leis podem estabelecer as penas de cada delito e o direito de criar leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

3.5. O positivismo jurídico e o nascimento da dogmática jurídica

Agostinho MARQUES NETO situa, epistemologicamente, o positivismo

⁵⁴ BECCARIA, Cesare. Obra citada, p. 28-29.

jurídico dentro das denominadas correntes empiristas de pensamento (em oposição às correntes idealistas), as quais partem da suposição de que o conhecimento jurídico resulta de uma apreensão do objeto pelo sujeito de conhecimento, ou melhor, de que o conhecimento concentra-se no objeto e que cabe apenas ao sujeito captá-lo. Nele (o positivismo jurídico), o objeto revela-se como sendo a norma jurídica ou o fenômeno jurídico produzido no espaço-tempo social. Esclarece, também, que o termo é geralmente empregado para indicar um destaque conferido ao direito positivo, sendo este tomado como o conjunto normativo vigente, opondo-se aos princípios ideais do direito natural.⁵⁵

Ao encontro do que foi dito, o positivismo jurídico pode ser definido, com Norberto BOBBIO, como “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” – enquanto o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas –, cuja origem é atribuída ao impulso histórico para a legislação, realizando-se quando a lei assume o caráter de fonte exclusiva do direito, e tendo como representação última, a codificação.⁵⁶

Toda ciência, enquanto processo de produção de conhecimento, necessita fixar uma opção por certa matriz epistemológica para, através do respectivo método, dar início à sua elaboração de verdades. Em vista da opção feita, será produzida uma verdade específica, pois esta é sempre condicionada por aquela escolha, revelando o caráter político-ideológico do processo de construção do conhecimento. A ciência do direito encontra nesse forte movimento filosófico-jurídico insurgente no final do século XVIII, de estrutura monista, as condições perfeitas para o seu desenvolvimento.

A influência epistemológica positivista determinou o direito positivo (vigente em um dado tempo e espaço) como objeto desse ramo neófito do conhecimento, e por tarefa metódica (imanente) a *construção* de um *sistema* de conceitos elaborados a partir da *interpretação* do material normativo, segundo

⁵⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Obra citada, p. 150.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 119.

procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, cuja finalidade é ser útil à aplicação do direito.

Vera ANDRADE, nesse sentido, assim se manifesta:

“Tal paradigma de ciência postula como condições de possibilidade de um discurso científico sobre o Direito (como pressupostos epistemológicos) elementos nodais, como a neutralidade ideológica e a objetividade científica. Nesse sentido, suas teses primordiais encontram-se basicamente vinculadas a um postulado de racionalidade científica, mediante o qual atribuem ao direito positivo um elenco de propriedades formais tais como: precisão, coerência, univocidade, completude, decidibilidade, derivação lógica (deducibilidade).

Sendo, o Direito positivo, um ordenamento racionalmente articulado, à ciência jurídica incumbe apenas descrever sua sistemática, de posse do método lógico-formal, como recurso apto para a produção de um discurso objetivo, logicamente consistente e desideologizado: que satisfaça às pretensões positivistas de cientificidade”.⁵⁷

Dessarte, a dogmática jurídica, a partir da epistemologia positivista, apresenta-se como uma ciência de características meramente formais, visto que ousa construir uma teoria que despreza o conteúdo do direito (uma teoria avaliativa), preocupando-se tão-somente com a organização sistemática do *dever ser estatal*, objetivando dar-lhe coerência.

De acordo com o pensamento de Rafael BIELSA,

“... a dogmática jurídica partiria do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico. Portanto, se apresenta como uma construção

⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 30-31.

teórico-objetiva e rigorosa, uma elaboração conceitual do direito vigente sem nenhuma indagação acerca de sua instância ideológica e política; uma mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. O texto legal é o dado imediato do qual parte o jurista em seu trabalho científico”.⁵⁸

Para uma melhor compreensão da proposta científica da dogmática jurídica, explicita-se as três etapas de aplicação do método técnico-jurídico desenvolvido em seu processo histórico:

a) a etapa exegética ou da conceitualização dos textos legais, consistente na idéia de que não há direito fora do ordenamento jurídico composto por leis válidas, cabendo à dogmática a função de interpretar a lei pelo método exegético⁵⁹;

b) a etapa da dogmatização jurídica, baseada na fixação de proposições, categorias e princípios, que redundarão em princípios gerais, obtidos a partir de conceitos jurídicos extraídos dos textos legais, que servirão como verdadeiros guias para o funcionamento e a construção do conjunto das normas legais vigentes;

c) a etapa da sistematização (a mais importante, em razão de sua matriz positivista), que é a própria constituição do direito vigente em saber lógico-formal pela construção de um sistema, dando coesão às construções jurídicas.⁶⁰

Ratificando essa estrutura metodológica da dogmática jurídica, manifesta-se o jurista Heleno Cláudio FRAGOSO:

⁵⁸ Conforme WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*, p. 16.

⁵⁹ Método adotado pela Escola da Exegese (França – início do século XIX) que se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código de Napoleão. Conforme BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 83.

⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. Obra citada, p. 17-19.

“O método de estudo é o chamado técnico-jurídico ou lógico-abstrato. É o único método possível no estudo de uma ciência jurídica. Alguns positivistas puseram isto em dúvida, na primeira fase da escola, mas hoje esta afirmação é pacífica. Este método desenvolve-se em três etapas, que são a *exegese*, a *dogmática* e o *sistema*. Primeiro passo é a interpretação, que visa a estabelecer o conteúdo e exato significado da lei. Constitui a atividade inicial do jurista e base fundamental da reconstrução científica do direito. É a operação a que *Ihering* chamava de *jurisprudência inferior*. A segunda fase do método técnico-jurídico é a *dogmática*, que é a fase realmente científica (*jurisprudência superior*), na qual se elaboram indutivamente os institutos jurídicos, realizando o que se tem chamado de concentração lógica da matéria. *Institutos jurídicos* são a união sistemática dos princípios que regulam uma relação jurídica. A *dogmática* proporciona, assim, o estabelecimento de conceitos superiores, pela reunião de caracteres comuns a grupos de normas.

Finalmente, a última etapa do método técnico-jurídico é a formação do *sistema*, que classifica e organiza os institutos entre si, além de pô-los em relação com a totalidade da ordem jurídica. A classificação se faz pelo *objeto* e pelo *nexo* que liga uns institutos aos outros, segundo o critério do *mais ou menos geral*, do *particular* e, finalmente, do *excepcional*. Como assinala *Grispigni*, de tal forma as pesquisas são abreviadas, a memória é facilitada e a mente pode mais prontamente orientar-se na vastidão e diversidade da matéria, dominando as várias partes da mesma”.⁶¹

Dessa maneira, a dogmática jurídica surge com a pretensão de atender aos pressupostos epistemológicos de ciência positivista, “constituindo-se como um saber autônomo e auto-suficiente (sistemático) que encontra explicação em si mesmo (egocêntrico) e sendo suscetível de uma análise imanente, que não remeta a elementos extranormativos, determinando uma exterioridade da dinâmica do Direito às mudanças e conflitos que constituem a sociedade”.⁶² E,

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 14-15.

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 32.

a contrario sensu, com a função de exercer uma função ideológica, cuja finalidade precípua é a de reforçar a ordem jurídica existente, como meio de manter a estrutura política do liberalismo. Daí FRAGOSO ter afirmado ser preciso, hoje, superar o esquema apresentado pelo método técnico-jurídico, que tende à compreensão e justificação do direito vigente, em específico, o direito penal, por se constituir em uma técnica de supremacia e dominação dos que têm o poder de fazer as leis.

Diante da perspectiva delineada, pela construção dos dois pressupostos da legalidade já apontados, aborda-se, na seqüência, a racionalização da legalidade, enquanto princípio jurídico-penal, pela dogmática, situando-a, historicamente, como categoria ideológica fundamental na sustentação do sistema penal.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE⁶³ E A DOGMÁTICA (PENAL): O QUE SE FALA

1. FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DO PRINCÍPIO

As origens do princípio da legalidade são atribuídas a fontes diversas e há pouco consenso mesmo em se tratando de autores vinculados à elaboração teórica da dogmática penal, mas nota-se uma tendência a reconhecê-lo historicamente em célebres documentos com fundamento político-liberal e com posterior influência das aspirações individualistas do Iluminismo, indo ao encontro dos pressupostos verificados anteriormente.

Tem-se, para a maioria dos juristas brasileiros, que é de fato na França de 1789, com a proclamação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (26 de agosto), que surge a mais vigorosa e indubitável expressão contida em texto normativo do princípio da legalidade. O seu artigo 8º prescrevia que ninguém seria punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime (*loi établie et promulguée antérieurement au délit*).⁶⁴

⁶³ Utilizado, aqui, no sentido de critério ou conceito dirigente da dogmática penal, na versão trabalhada por FEUERBACH.

⁶⁴ Nilo BATISTA aponta a Revolução Francesa de 1789 como o marco histórico do princípio da legalidade, pois, nesse momento, alguns doutrinadores observam nele, a materialização de um modelo político-jurídico perseguido pela classe burguesa e que estabeleceu a formação de um Estado constitucional de direito em detrimento de um Estado absolutista. Outrossim, já "o

Todavia, a dogmática penal tem admitido, com alguns de seus representantes, no que tange a épocas mais recuadas, sob forma menos acabada, a existência do princípio.

Para Raul CHAVES, a verdadeira semente do princípio da legalidade está instalada no velho Testamento (Êxodo, XX, 2 a 17), à época de Moisés, que, com o *Decálogo*, limitava as ações pecaminosas. Contudo, aduz o autor, a primeira vinculação ao direito positivo, ainda que por curto espaço de tempo, é verificada no direito romano, ao tempo das *quaestiones perpetuae*, instituídas por SILLA, seguindo o entendimento do jurista Nelson HUNGRIA.⁶⁵

Quanto à aplicação do princípio no direito romano primitivo, Nelson HUNGRIA acredita que,

“Ao tempo do governo dos magistrados, em conjugação com o tribunal do povo, já havia prefiguração de vários crimes (e prefixação de penas), mas o tribunal popular podia declarar puníveis outras ações não previstas. Quando, porém, ulteriormente, o tribunal popular foi substituído pelo processo das *quaestiones* e a jurisdição penal passou gradativamente para o tribunal de jurados, uma ação só podia ser punida se estivesse precisamente incriminada. Não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena. Notadamente com as *quaestiones perpetuae*, instituídas ao tempo de SILLA, e com a *ordo judiciorum publicorum*, passou a ser vedada a analogia. Como assinala MOMMSEN, ‘de então em diante, não podia haver em Roma nenhum delito sem prévia lei criminal, nenhum processo penal sem prévia lei processual, nenhuma pena sem prévia ‘lei penal’. Com o advento, porém, do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial, repudiou-se o princípio da legalidade rígida. Instituiu-

artigo 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (12.jun.1776) afirmava que as leis com efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas e não devem ser promulgadas”, e, também, “a seção 9ª do artigo I da Constituição americana (17.set.1787) proíbe a promulgação de decreto de proscricção (*Bill of Attainder*) ou de lei retroativa (*ex post facto Law*)”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 65-66.

⁶⁵ CHAVES, Raul Affonso Nogueira. *Da tipicidade penal*. Bahia: S. A. Artes Gráficas, 1958, p. 18-19.

se o processo *extraordinário*, e as fontes do direito penal passaram a ser, além das antigas leis populares, a *Constitutio* imperial, o *rescriptum*, o direito municipal, o direito local, a *consuetudo* radicada no *usus fori*. Permitia-se a interpretação extensiva e mesmo a analogia, isto é, a pena podia ser, excepcionalmente, irrogada *ad exemplum legis* (Dig., XLVIII, IV, &, § 3º).⁶⁶

E, mesmo no regime das *penas extraordinárias*, HUNGRIA afirma não serem elas puramente *arbitrárias*, pois o tribunal, ao aplicá-las, estava vinculado às fontes jurígenas acrescidas ao velho *jus legitimum*.

A respeito do assunto, Heleno FRAGOSO diz que ao tempo das *quaestiones perpetuae*, os magistrados encontravam-se adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica* (*legitima, ordinária*), previstos nas *leges Corneliae* e *Juliae*, constituindo o *ordo judiciorum publicorum*. Porém, esta regra foi de certa forma abandonada no direito posterior, com o advento e predomínio da instituição da *cognitio extraordinária*, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a aplicação de sanção como *crimina extraordinária* de fatos reprováveis, por analogia.⁶⁷

De qualquer modo, até mesmo para o pensamento eminentemente dogmático, que tem por convicção uma ótica linear do tempo, é regra a percepção de que historicamente o princípio da legalidade não integrava o sistema do direito romano. Inclusive, por ocasião das *quaestiones perpetuae*, sustenta-se que teria vigorado a chamada *coercitio* dos magistrados.

Noutro sentido, o jurista argentino Sebastian SOLER leciona que:

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. I, p. 27-29.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 90.

“... a jurisprudência romana não buscava estabelecer a vontade ou o exato conteúdo da norma, mas, antes, de forma criativa, compunha espécies de mosaicos normativos, os quais determinavam o contínuo surgimento de linhas alternativas ou analógicas de solução. E, mais adiante, assinala a *diferença radical entre a atitude, diremos, clássica, e a que determinou o processo de codificação*, corroborando o entendimento que vê em todo o direito romano uma estrutura incompatível com o princípio da legalidade, tal como apareceu no modelo jurídico napoleônico”.⁶⁸

Já na Idade Média, prevalecia o direito consuetudinário, momento em que imperava o arbítrio dos juízes e do monarca, com aplicação generalizada da analogia, ou seja, completamente avesso à idéia de legalidade. Nada obstante, entende HUNGRIA, que, na Inglaterra, a garantia do princípio da legalidade ficou expressamente reconhecida na *Magna Carta* do Rei João Sem Terra (1215), em seu art. 39, contendo o fundamento da idéia de limitação do poder do Estado pelas liberdades individuais. Outros publicistas, acrescenta CHAVES⁶⁹, apontam as instituições do direito ibérico como as raízes medievais do princípio. Nas Cortes de Leão e da Galícia, em 1186, acredita-se que o rei D. Afonso IX teria, sob juramento, declarado que não procederá contra a pessoa e a propriedade de qualquer de seus súditos, até que comparecessem perante a Cúria. Nas Cortes de Valladolid, ter-se-ia proclamado, em 1299, que ninguém poderia ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não fosse apreciada segundo o *fuero* e o direito. Essas mesmas Cortes, no ano de 1351, teriam pedido ao Rei Pedro I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do foro e direito, no que foram atendidas. Tal compromisso foi enfaticamente renovado pelo rei Henrique II, nas Cortes de Toro, em 1371.⁷⁰

⁶⁸ Conforme CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 30-31.

⁶⁹ CHAVES, Raul Affonso Nogueira. Obra citada, p. 19.

⁷⁰ Neste sentido MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 181-182.

Em 1628, com as *Petitions of Rights*, avançou-se no que diz respeito aos delitos punidos com morte ou mutilação, ao se exigir maiores e mais efetivas garantias processuais para os acusados por tais delitos. Algo que hoje é conhecido pelo nome de princípio do devido processo legal.

Aníbal BRUNO apesar de compreender que o princípio da legalidade tem raízes na *Magna Carta* inglesa e nas *Petitions (Bill) of Rights*, das colônias inglesas norte-americanas, ressalva que:

“... as disposições da Magna Carta não tinham o caráter geral que lhes foi atribuído. Na realidade, as interpretações sucessivas que se foram dando a este célebre documento é que foram acentuando o seu conteúdo liberal e alargando-lhe o alcance, do círculo estreito das pessoas de qualidade ao homem comum, o que, aliás, está de acordo com o processo de formação e evolução do Direito inglês. Mas a atitude dos nobres ingleses, face a JOÃO SEM TERRA, foi um movimento individualista, que definia e delimitava, na mais grave das matérias, os poderes do Estado, embora os homens livres a que se referia o texto fossem os nobres, porque somente estes, na época, poderiam ser considerados capazes de reclamar direitos”.⁷¹

Acontece que este reconhecimento histórico do mencionado princípio encontra resistência na própria dogmática, em virtude de aquele estabelecer “uma garantia formal de natureza processual endereçada ao ‘homem livre’, conceito que à época aplicava-se tão-somente aos barões, condes, senhores feudais, sujeitos que podiam reclamar direitos”.⁷²

De todo modo, compreendia Basileu GARCIA que, a despeito do

⁷¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I, p. 192-193.

⁷² Conforme CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Obra citada, p. 31. A autora transcreve ainda o art. 39 da *Magna Carta Inglesa*: “Nenhum homem livre será detido, preso ou desapossado, ou proscrito, ou morto de forma alguma; nem poderá ser condenado, nem poderá ser submetido a

preceituado na *Magna Carta* de João Sem Terra, cabe indubitavelmente à Revolução Francesa, com as pregações doutrinárias que a precederam, o mérito de haver incorporado o princípio da legalidade às cartas políticas e aos códigos penais de todo o mundo civilizado.⁷³ A partir do seu aparecimento na *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), houve uma sucessiva adesão ao princípio, decorrente do início do processo de codificação⁷⁴, mormente por parte dos estatutos penais editados⁷⁵, os quais o expressavam em seus dispositivos de abertura. Na Alemanha, em especial, o princípio da legalidade veio a assumir uma formulação mais precisa, consubstanciando-se na expressão latina, cunhada por Anselmo von FEUERBACH (1801): *nullum crimen nulla poena sine lege*, atendendo-se, assim, à conveniência da sua universalização, dando-lhe o caráter de garantia dos direitos do homem. Acrescente-se que o jurista alemão não foi levado a acolher a regra enunciada somente por motivos políticos, mas também pela idéia de que a lei penal através da ameaça da pena deve prestar-se aos fins da prevenção geral dos crimes (pela coação psicológica).⁷⁶

Reforça FRAGOSO que o princípio da legalidade, antes da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, já havia sido introduzido expressamente nos *Bill of Rights* e nas Constituições das colônias inglesas que se libertavam. Resta evidente no *Bill of Rights* da Filadélfia (1774), na

prisão se não for pelo juízo de seus iguais ou pela lei do país”.

⁷³ Conforme GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 138.

⁷⁴ “Sua inscrição nos Códigos relacionar-se-ia com a forma político-jurídica estabelecida pelo Estado de Direito, isto é, a divisão e relativa independência dos poderes – ainda que divisão e independência formais – a superação dos modos de organização social vigentes na Idade Média, onde o poder dividia-se entre os vários senhores feudais; a consolidação de uma justiça estatizada e de um aparelho repressivo do Estado, com força e legitimação política para a aplicação das sanções previamente estabelecidas”. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Obra citada, p. 32.

⁷⁵ Em termos de legislação penal, credita-se o aparecimento do princípio pela primeira vez à codificação de D. José II, na Áustria de 1787 (*Josephina*).

⁷⁶ Neste sentido ver BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Trad. e notas Paulo José

*Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e na Constituição de Maryland (1776), segundo a qual, “leis com efeito retroativo, punindo fatos praticados antes da existência de tais leis, e somente por elas declarados criminosos, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade. Portanto, nenhuma lei ex post facto deve ser feita”.*⁷⁷

Na expansão que, da França, o princípio da legalidade dos delitos e das penas teve para os demais países civilizados, aponta Basileu GARCIA uma ressalva no que tange à Inglaterra, apesar do que estabeleceu a Magna Carta de 1215:

“Nas ilhas britânicas, as normas jurídicas, na sua maior parte, não são escritas (*statute law*) e sim consuetudinárias (*common law*): é o costume, filtrado pela jurisprudência, a fonte primordial da legislação repressiva. Assim, em virtude do sistema jurídico vigente e sem embargo do culto prestado à liberdade individual, naquele país não impera o princípio que estudamos, no sentido da preexistência, ao fato, de texto expresso de Direito positivo”.⁷⁸

Outra questão que é destacada quanto ao histórico do princípio da legalidade penal é o hiato totalitário proporcionado na primeira metade do século XX. Em especial, na Alemanha do nacional-socialismo de Hitler e na Rússia soviética até final dos anos 50, quando foram adotados novos fundamentos para a legislação penal, retomando o princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Tem-se que a Rússia foi o primeiro país que, por motivos relacionados à organização estatal, lhe negou eficácia. Hostilidade que é compreensível, no

da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966, v. 1, p. 112-113.

⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Obra citada, p. 90-91.

⁷⁸ GARCIA, Basileu. Obra citada, p. 141.

modo de ver de GARCIA, nos regimes em que se dá a hipertrofia do Estado em face do indivíduo, em função da origem liberal evidente.⁷⁹

No que diz respeito à Alemanha, GARCIA relata que o código penal alemão de 1871 consignava-o com tranqüilidade. Em 1935, foi dada nova redação ao princípio, possibilitando ao juiz a aplicação da analogia quando se deparasse com fato não previsto em lei, desde que se amparasse no conceito fundamental de uma lei penal e tivesse em vista a sã consciência popular.⁸⁰ Tal influência nazista⁸¹ foi erradicada após a ocupação dos *aliados* ocorrida em 1945.⁸²

Os doutrinadores ainda mencionam o caso especialíssimo da Dinamarca, a qual, apesar de sua tradição individualista, facultou (seguindo o diploma de 1866), em seu código penal de 1930 (vigente a partir de 1933), no dispositivo inaugural, o uso da analogia, declarando que as normas penais se aplicariam aos fatos não previstos, desde que inteiramente assimiláveis aos disciplinados na lei.

Quanto à legislação brasileira, é reconhecido que o princípio legalista tem sido, tradicionalmente, contemplado em nível constitucional (desde a Constituição de 1824) e nas normas de direito penal. Em todos os códigos, desde o Império (o código criminal de 1830), o princípio acha-se previsto no primeiro artigo.

O código criminal do Império representa o primeiro grande modelo jurídico-legal elaborado na América Latina. Ele foi baseado em projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, um dos mais renomados políticos brasileiros do período pós-independência, que procurou observar os ditames do artigo 179

⁷⁹ GARCIA, Basileu. Obra citada, p. 142.

⁸⁰ GARCIA, Basileu. Obra citada, p. 144.

⁸¹ HUNGRIA frisa que a liberdade de aplicação analógica da lei penal pelo juiz é limitada pela sua submissão às "idéias" e às "ordens" provenientes da *mística* hitleriana, afeiçoando-se fielmente ao espírito *guiador* do *Führer*. HUNGRIA, Nelson. Obra citada, p. 18.

⁸² GARCIA, Basileu. Obra citada, p. 144-145.

da Constituição Imperial no que tange à determinação de se fundar um código criminal calcado na justiça e na equidade. Daí Zahidé Machado Neto, socióloga brasileira, haver verificado a influência das idéias de BECCARIA e das doutrinas iluministas e enciclopedistas nos parlamentares que aprovaram o mencionado estatuto criminal brasileiro do Império. Sem deixar de acentuar, uma evidente antinomia entre as idéias de liberdade e igualdade (postulados liberais) e a realidade social (sociedade escravagista e patriarcal) a que a lei se destinava.⁸³

Hoje, no direito brasileiro, seguindo o exemplo de outros ordenamentos jurídicos, a legalidade encontra-se na categoria de princípio constitucional geral – enunciado no art. 5º, II, do capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, o qual está inserido no título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição brasileira de 1988 – que reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E a previsão constitucional do princípio é quase uma unanimidade, desde a modernidade, quando concebido, no marco liberal da Revolução Francesa, sob a égide de princípio fundamental limitador do poder soberano estatal.

2. A LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

2.1. Em busca de um conceito de princípio pela dogmática jurídica

Para se alcançar o significado funcional da atribuição do caráter principiológico dado à legalidade, faz-se preciso dimensionar o(s) sentido(s) que o termo princípio comporta na edificação do saber jurídico vigente. Portanto,

⁸³ Conforme LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 76.

uma excursão pelas diversas formulações acerca da expressão *princípios jurídicos*, na ambiência da dogmática, será de imensa valia.

Parte-se da premissa de que a ciência (dogmática) do direito vislumbra o seu objeto, o direito posto e exposto previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe cabe sistematizar, interpretar e direcionar, de forma pedagógica, visando a uma tarefa prática de soluções de possíveis conflitos que aconteçam no seio social.

A criação de princípios integra essa metodologia da dogmática jurídica, na fase denominada de dogmatização jurídica, a qual se baseia, como dito alhures, na fixação de proposições, categorias e princípios, que redundarão em princípios gerais, obtidos a partir de conceitos jurídicos extraídos dos textos legais, que servirão como verdadeiros guias para o funcionamento, a construção e a interpretação (fase de sistematização) do conjunto das normas legais vigentes, dando à aplicação do direito, certeza e segurança.

Outrossim, a expressão *princípios jurídicos* não comporta um conceito unívoco. Na teoria do direito, nos últimos cinquenta anos, muito se tem refletido e discutido a respeito do que vem a ser os princípios jurídicos. E as divergências não são poucas.

De um lado, posicionam-se os que sustentam uma função auxiliar integrativa dos princípios na aplicação do direito, comumente chamados de *princípios gerais de direito* (fonte formal secundária), expressão que pode ser cunhada, inclusive, de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, a qual, para ESPÍNDOLA, revela uma posição positivista superada. E, de outro lado, se colocam aqueles que defendem a idéia de que os princípios possuem caráter normativo – denominados de *princípios jurídicos que constituem regras jurídicas* – dentre eles podemos citar Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris e Genaro

Carrió.⁸⁴

No primeiro sentido, eles são proposições descritivas, pertencendo à linguagem dos juristas. Encontram-se implícitos em todo o ordenamento e surgem, em geral, como fundamento de decisões judiciais, normalmente em caso de lacuna legal. Enquanto que, no segundo sentido, eles podem ser encontrados positivados (expressos) em sistemas jurídicos e não admitem valoração de verdadeiros ou falsos, dado que se enquadram à linguagem do direito e à sua lógica deôntica.

A título de ilustração da posição tradicional, transcreve-se o que pensa Carlos MAXIMILIANO acerca do conceito de princípios gerais e de sua aplicação:

“Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as *diretivas* idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou o funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobe aquele gradativamente, por indução, da idéia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada (...).

(...) Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida”.⁸⁵

⁸⁴ Conforme ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 27.

⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 295-296. Neste sentido, ver também ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO,

Miguel REALE anota que a palavra *princípios*, em seu aspecto lógico (o outro é o ético), revela o sentido de *verdades fundantes* de um sistema de conhecimento. E, quanto aos princípios gerais de direito, aduz que neles se acha, mais que uma tarefa integradora, de preencher ou suprir as lacunas da lei, uma função de condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico, inclusive para a elaboração de novas normas.⁸⁶

DE PLÁCIDO E SILVA, em opinião a respeito do tema, manifesta-se de forma mais abrangente:

“... significa as *normas elementares* ou os requisitos *primordiais instituídos* como *base*, como *alicerce* de alguma coisa.

E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos

Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores); comentada na ordem dos seus artigos, por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho; e atualizada por Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1, p. 109 e ss.

⁸⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 299-300.

fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.⁸⁷

É inexorável a percepção de que esse entendimento foi formado sob a mão firme do direito natural, no sentido de conceber que os princípios se legitimam enquanto normas pressupostas, *inspiradas* pela razão humana, trazendo *em si* o que é justo, a solução de conflitos, a resposta a todos os eventuais problemas sociais. Tal concepção jusnaturalista solidifica a idéia de princípio de direito posicionado em níveis abstratos e metafísicos, tornando-se a palavra primeira, a premissa maior, a verdade em sua origem, e como tal, orientadora do processo de elaboração das normas. Daí eles se constituírem sob forma de axiomas jurídicos.

Num segundo momento, pode-se perceber a influência do positivismo jurídico, quando os princípios entram nos códigos como fonte subsidiária da inteireza dos textos legais, abdicando de um lugar supralegal, ou como algo anterior, mas capaz de suprir os vazios normativos que as leis não puderam prever, garantindo a supremacia delas, servindo apenas como *válvula de segurança*.⁸⁸

Em termos pragmáticos, os princípios gerais têm se constituído num eficiente instrumento retórico, num simulacro, compondo as regras estruturais do sistema, visando a dar-lhe uma aparente coesão.

FERRAZ JÚNIOR esclarece que:

“... os princípios gerais constituem uma reminiscência do direito natural como fonte. Há autores que os identificam com este, outros que os fazem repousar na equidade, enquanto

⁸⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 639.

⁸⁸ Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 235.

sentimento do justo no caso concreto. Sua formulação é indefinida. Há quem os reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução dos conflitos, trata-se não de normas mas de princípios. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais* (...), dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão”.⁸⁹

As regras estruturais são responsáveis pela imperatividade total do sistema, alerta FERRAZ JÚNIOR. Por isso, mesmo em não se admitindo a existência do direito natural, é forçoso colocar nos princípios gerais a obrigatoriedade jurídica de todo o repertório normativo. E acrescenta ainda:

“Eles não são fontes do direito no mesmo sentido da legislação ou do costume ou das normas jurisprudenciais, pois são metalinguagem em relação àquelas fontes (...). Atuam sobre as demais fontes de modo semelhante como as regras de dedução atuam sobre a construção dos teoremas matemáticos. Ao contrário dessas, porém, não formam um conjunto rigoroso, mas são compostos de *topoi*, lugares comuns, o que lhes confere um caráter tópico”.⁹⁰

De outra banda, tem-se reforçado, hoje, a idéia de que os princípios jurídicos, concebidos com caráter normativo, podem vir expressos ou implícitos no ordenamento. Tal posicionamento vem-se constituindo uma tendência conhecida por *pós-positivista*, a qual entende os princípios como normas jurídicas vinculantes com tanta juridicidade quanto qualquer preceito possível do ordenamento jurídico. Essa tendência considera as normas de direito como

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 247.

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Obra citada, p. 247.

gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas.⁹¹

Eros GRAU, neste sentido, sentencia: “A existência – ou, se me for permitido desde logo afirmá-lo, a ‘positividade’ – no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito, é inquestionável”.⁹²

GRAU, partindo de pensamento de Perelman, trabalha a idéia de que o ordenamento jurídico não compõe um conjunto de regras jurídicas cujo sentido e alcance independe do contexto político e social, mas sim que tais regras estão subordinadas a fins em função dos quais devem ser interpretadas. Daí porque um sistema jurídico não ser integrado exclusivamente por regras, mas também por princípios de direito.⁹³

Essa fase pós-positivista corresponde, conforme BONAVIDES, aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As derradeiras Constituições promulgadas destacam a supremacia axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. Entendimento que se deve, em grande parte, às Cortes Internacionais de Justiça, ao assumirem uma

⁹¹ Para o pós-positivismo, os princípios são concebidos a partir de um lugar diferente (mundo do dever ser), mas os efeitos parecem ser os mesmos. A partir da percepção de que direito é norma, eles são tidos como espécie normativa, ao lado das regras. E, por se revelarem normas, em geral de hierarquia superior (como a constitucional), eles então devem servir de pontos de partida na elaboração das demais normas. E nesse processo, vai-se formando um verdadeiro “emaranhado de fragmentos teóricos vagamente identificáveis, coágulos de sentido que vão produzindo no interior do discurso jurídico verdades de princípios que ocultam o componente político da investigação de verdades e que vagam indefinidamente servindo ao poder”, chamados por WARAT de *senso comum teórico dos juristas*, cujas representações pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável da história do poder. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, p. 15.

⁹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 73.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. Obra citada, p. 74-75.

função renovadora no que tange aos princípios gerais de direito.⁹⁴

Nessa nova era denominada de pós-positivismo, observou-se o acirramento das críticas à doutrina do direito natural e ao positivismo ortodoxo, principalmente a partir do pensamento de Ronald DWORKIN, jurista de Harvard, que traz robusta contribuição à teorização do reconhecimento da força normativa dos princípios.

Ronald DWORKIN⁹⁵ trabalha combatendo o positivismo jurídico de Herbert HART que compreende o direito como um conjunto de normas a partir da regra de reconhecimento, assumindo um modelo estritamente normativo, capaz de identificar sintática e semanticamente uma norma através da outra. Para DWORKIN, ao lado das normas, existem os princípios e as diretrizes, sendo que a forma de identificação daqueles distingue-se destas. Os princípios referem-se à justiça, à equidade e a qualquer outra dimensão moral, enquanto que as diretrizes dizem respeito aos objetivos sociais considerados benéficos e que devem ser buscados. Ele demonstra que as decisões judiciais de rotina, com fulcro em leis válidas, justificam-se por argumentos de princípio, mesmo quando a lei tenha sido gerada por uma diretriz política.

Os argumentos de princípio tencionam estabelecer um direito individual e os argumentos políticos propõem-se a fixar um objetivo coletivo, resultando, assim, que os princípios são proposições que descrevem direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos. E, em uma distinção entre direitos e objetivos, deve-se observar o caráter distributivo das demandas referentes a direitos e, quanto à discussão política, a força destas demandas.

DWORKIN acredita, resgatando em parte a idéia de premissa do pensamento jusnaturalista, que os princípios, na qualidade de diretrizes morais, informam as normas jurídicas e não o contrário, de tal modo que estas podem

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 237.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 72-83.

ser inobservadas pelo juiz quando forem contrárias a um princípio que, em um caso específico, se considera importante – na solução dos casos difíceis (*hard cases*). Ele acrescenta que a Constituição de um Estado deve colocar no mesmo patamar problemas jurídicos e morais, e compreende que a validade de uma lei depende da resposta a complexos problemas morais, como o de se uma lei determinada respeita a igualdade inerente a todos os homens.

Além de DWORKIN, com a sua dura postura antipositivista, temos com o jurista alemão Robert ALEXI enorme contribuição para uma mudança de enfoque principiológico em nível constitucional, face à sua preocupação teórica na consideração dos valores e na fundamentação do ordenamento jurídico, proporcionando uma aliança entre lei e direito em bases axiológicas.

BONAVIDES ressalta, porém, que, antes de DWORKIN e ALEXI, Jean Boulanger ingressa como um dos precursores desse espírito inovador, embora “atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios, mas primeiro advertia, citando Japiot, que ‘os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve’”.⁹⁶

Boulanger alertava que havia entre princípios e regras jurídicas uma diferença de natureza, além da pertinente à importância, dizendo que a generalidade das regras jurídica não devia ser entendida da mesma forma da generalidade dos princípios. Aquela se estabelece para um número indeterminado de atos ou fatos, mas, de certa forma, passa a ser especial na medida em que rege apenas atos ou fatos. Já esta comporta uma série indefinida de aplicações.⁹⁷

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 239.

⁹⁷ Conforme BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 239-240.

Por seu turno, ALEXY, diferenciando os princípios das regras jurídicas, afirma que aqueles são normas qualitativamente distintas destas:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y regla opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.⁹⁸

Já Norberto BOBBIO trabalha princípios jurídicos de duas formas, a primeira, a partir de Carnelutti, como método para se completar um ordenamento jurídico dinamicamente considerado, vendo a recorrência aos princípios gerais de direito um procedimento de auto-integração chamado *analogia iuris*, distinto tanto da analogia propriamente dita (*analogia legis*), quanto da interpretação extensiva.

O jurista italiano entende por *analogia iuris* a técnica de se aplicar uma nova regra a um caso imprevisto a partir de todo o sistema ou de uma parte dele, recorrendo aos princípios gerais do direito, e não a partir de uma regra específica, que é o caso da *analogia legis*. No que tange à interpretação extensiva, que se distingue da analogia propriamente dita, seu efeito é a

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-7.

criação de uma nova norma jurídica, enquanto que o desta última é a extensão de uma norma para casos ainda não regulados.⁹⁹

BOBBIO destaca ainda que a recorrência aos princípios gerais do direito representa para Emilio Betti – por ele considerado o maior estudioso italiano acerca do problema da interpretação – um procedimento de heterointegração, e sustenta, tal recorrência, entre os métodos de heterointegração que se colocam ao lado dos juízos de equidade, por ser a eles reconhecida uma força de expansão axiológica que ultrapassam as soluções legislativas, ou seja, o próprio direito positivo.¹⁰⁰

Outrossim, BOBBIO concebe um segundo sentido do que pode vir a ser princípios: normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. Para ele, enfim, não resta dúvida, os princípios gerais são normas como todas as outras. Ele sustenta a sua afirmação em duas razões: a) revela que, por meio de um procedimento de generalização sucessiva, se os princípios gerais são provenientes de normas, logo, também são normas; e b) a função que cumprem os princípios coincide com a de todas as normas, regular um caso.

Ele classifica, ainda, os princípios gerais em expressos e não-expressos, e estes seriam os que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.¹⁰¹

Por sua vez, o constitucionalista lusitano J. J. Gomes CANOTILHO concebe também um princípio jurídico como uma espécie de norma ao lado das

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 154-5.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 157.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 158-9.

regras jurídicas, orientado pelas formulações de ALEXYY. E aduz que uma distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.¹⁰²

Seguindo a preocupação do jurista alemão quanto à fixação de uma diferença entre princípios e regras, CANOTILHO compreende ser necessário esclarecer qual a função dos princípios, se retórico-argumentativa ou se reguladores de conduta, e ainda se há um denominador comum entre princípios e regras, a fim de que se estabeleça uma distinção tão-somente de grau ou qualitativa.

CANOTILHO distingue, assim, entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, em que os primeiros desempenham uma função argumentativa, permitindo explicitar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas ocultas (não-expressas), dando ensejo ao desenvolvimento, integração e complementação do direito (1º sentido de BOBBIO).

Em um segundo momento, CANOTILHO trata dos princípios jurídicos, ou seja, daqueles que têm qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das demais espécies, qual sejam, as regras jurídicas. Os princípios constituem-se em normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis assim com diversos graus de concretização, de acordo com os condicionalismos fáticos e jurídicos. Já as regras jurídicas prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem), cumprida ou não. E segue dizendo:

“... a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como

¹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086.

as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)".¹⁰³

A teoria constitucional contemporânea tem reconhecido essa última construção conceitual de princípio como a mais flexível e a mais favorável à implementação dos direitos fundamentais. E, talvez por esse motivo, é aproveitada por Luigi FERRAJOLI na elaboração da sua teoria do *garantismo* jurídico, que vislumbra os *princípios* dentro de uma perspectiva de garantia do cidadão face ao poder do Estado, numa evidente demonstração de sua inspiração político-liberal.

2.2. O princípio da legalidade penal (e seus corolários)

Desde uma conceituação formal de princípio, verifica-se que a legalidade penal desdobra-se, na contemporaneidade – objetivando cumprir uma função de garantia (*in casu*, limitação ao poder de punir estatal) – segundo a classificação de MAURACH¹⁰⁴, em quatro outros princípios – que devem ser aplicados concomitantemente – a saber: a) proibição de retroatividade da lei

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 1087-8.

¹⁰⁴ Conforme TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

penal que fundamente ou agrave o direito de punir (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); b) proibição de recorrer aos costumes para a identificação de práticas criminosas e suas respectivas penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); c) proibição do uso da analogia em relação às normas incriminadoras (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); e d) proibição da existência de normas penais em linguagem vaga, ambígua ou indeterminada (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).¹⁰⁵

Rosa CUNHA esclarece que essa divisão da regra da legalidade em quatro postulados dogmáticos deriva de sua dimensão como princípio de caráter doutrinário¹⁰⁶ e, neste sentido, ela cumpriria uma função específica de cunho hermenêutico, relacionada ao modo de interpretação da lei penal.

Ainda no que toca a essa dimensão do princípio da legalidade, ele exerceria uma outra função fundamental, de natureza metodológica ou sistemática, que concerne à produção dos conceitos jurídico-penais. Para cumprir esta função, o pensamento dogmático lança mão da denominada *teoria da tipicidade*. Ajunta CUNHA:

“Quanto à função metodológica ou sistemática do princípio da legalidade, aparece a mesma expressa no pensamento dogmático através da relação que se estabelece entre o princípio e a teoria do tipo. É que a doutrina penal é unânime em afirmar que a tipicidade é a categoria jurídico-penal

¹⁰⁵ Outra classificação adotada quanto aos postulados decorrentes da legalidade é atribuída a MANTOVANI, e consiste em três: “Um quanto às fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados é o da reserva legal. O segundo é o da determinação taxativa. E o último é o da irretroatividade”. Conforme LUISI, Luiz. *Obra citada*, p. 13. Sobre o tema ver também PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989, p. 43 e ss.

¹⁰⁶ Nas outras dimensões, o princípio aparece como norma (não-incriminadora, ou seja, diretiva, disciplinadora dos princípios a serem observados quando da interpretação e aplicação da lei penal) e como enunciado meta-jurídico (valor de garantia política de caráter liberal). CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Obra citada*, p. 53 e ss.

racionalizadora do princípio da legalidade. O *nullum crimen, nulla poena sine lege* corresponderia, assim, à fórmula *não há delito sem tipicidade*".¹⁰⁷

Quanto à função política da regra, o pensamento de João José LEAL expressa o sentimento da comunidade de penalistas brasileiros da atualidade, sugerindo a adesão aos postulados liberais da França revolucionária:

"A adoção do princípio de Legalidade impõe certos limites ao poder estatal de tipificar condutas ilícitas, cominar penas criminais e sancionar o infrator da lei penal. Esta, em decorrência do princípio em exame, assume também função de garantia individual, traçando rigidamente o espaço de manobra da ação repressiva dos meios de controle formais exercidos pelo Estado Democrático de Direito. Fora da estrita moldura legal, o Estado não pode intervir para reprimir sob qualquer que seja o fundamento político-criminal, condutas humanas que não tenham recebido, com a devida anterioridade, a marca da incriminação legal.

Por isso, a doutrina entende que, do princípio da legalidade, emergem regras político-jurídicas inafastáveis em matéria criminal, que podem ser resumidas na seguinte proposição: **não há crime, nem pena sem lei anterior, escrita, estrita e certa**".¹⁰⁸ (grifou-se)

Na doutrina de João MESTIERI, depreende-se a compreensão de que a função da lei penal é a de prever, com absoluta exclusividade, quais os comportamentos que serão considerados criminalmente ilícitos. Contudo, esta intenção, visando à esperada garantia do cidadão contra o poder de punir do Estado, restaria infrutífera, ressalta o penalista, acaso não se aliasse, à previsão, a descrição do comportamento incriminado. Essa exigência foi

¹⁰⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Obra citada, p. 56.

¹⁰⁸ LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 99.

enunciada, em 1906, por Ernst Beling dando ensejo ao reconhecimento de mais um elemento no conceito de crime, a tipicidade, que veio figurar ao lado de outros já concebidos, como a ação, a ilicitude e a culpabilidade.¹⁰⁹

O princípio da legalidade, diz HUNGRIA, vem revelar-se no direito penal, como premissa da teoria dogmático-jurídica da tipicidade proposta por BELING.¹¹⁰ Em adendo, Frederico MARQUES fala que a teoria da tipicidade é a redução do princípio da legalidade à forma técnico-jurídica (científica), “de maneira a admitir como fato punível só a ação e evento enquadráveis numa definição prévia formulada pelo legislador descrevendo as condutas delituosas. Daí o ilícito penal ser descontínuo e delimitado às hipóteses previstas na lei, pelo que não é possível a construção dogmática de figuras criminosas mediante analogia”.¹¹¹ Daí poder-se dizer que o princípio da legalidade é cumprido através da teoria da tipicidade, do processo de seleção na lei de condutas que o legislador quer proibir, sancionando penalmente.

Explica REALE JÚNIOR, que a teoria da tipicidade constitui-se num instrumento metodológico elaborado como estrutura compreensiva das normas jurídicas, por meio da qual se analisam as condições de sua eficácia na sistemática do ordenamento jurídico. Arremata o jurista afirmando que “A tipicidade consiste na congruência entre a ação concreta e o paradigma legal”.¹¹²

Assim estruturada a legalidade penal, tem-se acreditado, no que respeita à sua função política (garantidora), que o pensamento liberal não poderia encontrar maior ressonância do que numa concepção doutrinária que se propõe

¹⁰⁹ MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral – volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 60.

¹¹⁰ “Antes de ser antijurídica e imputável a título de culpa ‘sensu lato’, uma ação reconhecível como punível deve ser típica, isto é, corresponder a um dos ‘esquemas’ ou ‘delitos-tipos’ objetivamente descritos pela lei penal”, conforme HUNGRIA, Nelson. Obra citada, p. 14.

¹¹¹ MARQUES, José Frederico. Obra citada, p. 183.

¹¹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998, p. 169.

a conceber o modo de distinguir, com referência a um dado ordenamento jurídico, quais as únicas ações que implicarão aos seus agentes o sofrimento de uma pena.

2.2.1. Proibição de retroatividade da lei penal

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* proíbe que a lei que institui o crime e a pena seja anterior ao fato que se quer punir. E reforça, ainda, a idéia de que o direito penal, efetivamente, resume-se à letra da lei, sendo esta a fonte imediata e soberana de crimes e penas. Sem lei anterior criadora do tipo penal¹¹³, devidamente promulgada e publicada, a conduta praticada, mesmo tendo uma conotação imoral, anti-social ou mesmo ilícita, não poderá ser considerada crime e nem o agente punido com uma sanção de natureza criminal. Portanto, da regra da proibição de retroatividade da lei penal ou de sua necessária anterioridade ao fato considerado crime deduz-se que:

“... é uma consequência lógica da adoção do princípio de legalidade em matéria penal, pois este pressupõe necessariamente a existência prévia de lei definindo o tipo penal (tipicidade penal) e a respectiva sanção criminal. Só a partir da criação legal do tipo penal, com todos os seus elementos jurídico-penais, pode o indivíduo cometer o crime ali definido e sofrer a sanção ali prevista.

A garantia da anterioridade impõe o respeito absoluto à regra da irretroatividade da lei penal mais severa, que só tem eficácia para reprimir os fatos típicos cometidos a partir de sua vigência e à consequente eficácia retroativa da lei penal mais favorável”.¹¹⁴

¹¹³ Tipo penal é uma *figura puramente conceitual*, é “a descrição da conduta proibida que o legislador leva a cabo na hipótese de fato de uma norma penal”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 42.

¹¹⁴ LEAL, João José. Obra citada, p. 99.

Destarte, a regra da *lex praevia* governa a matéria da aplicação da lei penal no tempo somente em relação à lei mais severa, não havendo qualquer restrição à retroatividade da lei mais benigna. O que disciplina o assunto, enfim, nada mais é que a consideração do fato de a lei nova beneficiar ou agravar a condição do infrator, resolvendo-se sempre pela adoção daquela que for mais favorável a ele.

De qualquer forma, temos neste preceito, a *razão de ser* do princípio da legalidade que é a de reagir contra leis *ex post factum*, corriqueiras à época da monarquia absoluta. Hoje ele é recepcionado, expressa ou tacitamente, pelo direito da quase unanimidade das nações. A *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* o adotou como expressão garantidora da liberdade individual, a fim de evitar o arbítrio de punições baseadas em fatos que não eram vedados quando praticados, ou, ainda, em fatos que a lei nova não mais considera delito.¹¹⁵

2.2.2. Proibição da criação de crimes e penas pelo costume

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* sentenciar que somente a lei escrita, isto é, elaborada de conformidade com os ditames do processo legislativo estabelecido na Constituição, pode criar crimes e penas, não o costume, como acontecia à época de BECCARIA.

Assis TOLEDO vai adiante para dizer que somente a lei em sentido estrito é que pode criar crimes e penas criminais, excluindo espécies normativas como o decreto-lei e a medida provisória.¹¹⁶

Para que o princípio da legalidade seja observado, sob esse aspecto, é

¹¹⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, t. I, p. 404.

¹¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Obra citada, p. 23.

preciso que os tipos penais e as sanções correspondentes, bem como qualquer outra circunstância que tenha o condão de atentar contra a liberdade individual, sejam fixados por lei em sentido estrito, pois esta é fruto de elaboração do Poder Legislativo, cuja função preponderante é justamente a de criar leis. Recorde-se a influência de MONTESQUIEU.

Justifica-se muito na dogmática penal a validade das chamadas *normas penais em branco*, visto que são dispositivos penais incriminadores de caráter indeterminado ou imperfeito, devido ao fato de, ao descreverem condutas típicas, transmitirem para outro órgão o trabalho de complementação do tipo penal pela formulação de novo dispositivo normativo, o qual pode ser uma lei ou outra fonte formal do direito, um regulamento ou ato administrativo, por exemplo. O fundamento de defesa dessa qualidade de norma consiste na afirmação de que tal complementação não significa a outorga de um poder com funções repressivas, mas apenas de uma faculdade meramente regulamentar.

Por outro lado, quanto aos costumes, TOLEDO ainda adverte que:

“Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”.¹¹⁷

Assim, a exigência de lei escrita como corolário da legalidade não implica, para a dogmática, a negação da importância do costume para a operacionalização do sistema jurídico-penal, mormente como fonte subsidiária das causas excludentes e como elemento exegético de certas figuras típicas.

2.2.3. Proibição da aplicação da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* estabelece, na qualidade de *bom* princípio liberal, a vedação do emprego da analogia visando à fundamentação ou agravamento das penas (analogia *in malam partem*).

Recorde-se que tal regra surge para combater o sistema punitivo da Idade Média, época em que prevalecia o direito consuetudinário e imperava o arbítrio dos juízes e do monarca, com aplicação generalizada da analogia para a criação de delitos e penas, em completa distância e aversão à idéia de legalidade.

Lembre-se, também, que a fim de fortalecer ainda mais a observância exclusiva aos ditames da legalidade, os pensadores do iluminismo colocaram-se frontalmente contrário à interpretação das leis pelos juízes, alertando para a necessidade de uma interpretação mais restrita possível.

Frederico MARQUES leciona que a aplicação da analogia não significa uma ampliação do conteúdo do texto legal, próprio da interpretação extensiva, mas sim um processo de auto-integração da lei para cobrir as lacunas eventuais, através da utilização do mesmo dispositivo normativo a casos semelhantes que não foram previstos.¹¹⁸ Porém, acredita-se que o princípio da legalidade impõe limites ao seu emprego, admitindo-o, apenas, em se tratando da analogia *in bonam partem* (em benefício do réu), justificada pela equidade que representa.¹¹⁹

Assim, observa-se, com efeito, pelo discurso da proibição do emprego da analogia *in malam partem*, uma crença sub-reptícia na possibilidade de que o

¹¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Obra citada, p. 25.

¹¹⁸ MARQUES, José Frederico. Obra citada, p. 224.

¹¹⁹ Sustenta entendimento contrário: HUNGRIA, Nelson. Obra citada, p. 91 e ss.

Estado somente pune os fatos criminosos cujos contornos estejam fixados em lei.

Por outro lado, outras vozes mencionam que a regra da legalidade estrita encontra no princípio da intervenção mínima, que se manifesta também pelo caráter fragmentário do direito penal¹²⁰, um aliado à limitação da atividade integradora da atuação punitiva estatal.

2.2.4. Proibição de incriminações vagas e indeterminadas

Como último corolário temos o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, o qual preconiza a obrigatoriedade da precisão e clareza dos tipos penais, devendo ser evitada a redação vaga, ambígua ou genérica, para não permitir dúvidas por parte de seus destinatários. Estabelece-se, destarte, a possibilidade de o intérprete apreender e sistematizar o sentido exato, específico, das palavras da lei, visando a dar maior eficácia à regra da legalidade, tencionando retirá-la do lugar meramente formal, que lhe ensejou severas críticas.

Relata Márcia Dometila Lima de CARVALHO quanto ao desgaste inicial sofrido pelo princípio na área penal:

“As primeiras críticas referem-se à função garantidora do tipo, já que a eficácia desta garantia fica na dependência da

¹²⁰ “É sabido que não outorga o direito penal proteção absoluta aos bens jurídicos (vida, integridade física, honra, etc.), e sim relativa; que não constitui um sistema exaustivo, cerrado, de ilicitudes, mas descontínuo. Ou seja, não protege todos os bens jurídicos, e sim os *mais fundamentais*, e nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão-só dos ataques mais intoleráveis. Daí dizer-se *fragmentária* essa proteção (*caráter fragmentário*), pois se concentra o direito penal não sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável”. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 119. Quem registrou pela primeira vez esse caráter fragmentário do direito penal foi Karl Binding, na sua obra *Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial* (1896), conforme BATISTA, Nilo. Obra citada, p. 86.

descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Disso resulta que, através da técnica legislativa de formalização dos tipos, seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo, o princípio da legalidade pode vir a ser fraudado.

Juristas de renome já salientaram que o princípio da reserva legal só pode desenvolver toda a sua eficácia, quando a vontade do legislador expressa-se com suficiente clareza, de modo a excluir qualquer decisão subjetiva e, portanto, arbitrária.

Preso a este entendimento, Alberto Silva Franco, em estudo sobre o tema, conclui que o princípio da legalidade não se desdobra mais, apenas, nos seus corolários de reserva legal, irretroatividade da lei penal incriminadora e analogia *in malam partem*, mas já alcançando uma quarta dimensão, qual a do denominado *mandato de certeza*: para que o crime e a pena, a ele cominada, possam ser considerados dentro dos limites do princípio da reserva legal, não basta que a lei lhe seja anterior ao tempo e inaplicável às hipóteses assemelhadas. É mister que esta lei, temporalmente anterior, ao definir o fato criminoso, enuncie, com clareza, os atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-la inconfundível com outra, cominando-lhe pena balizada em limites razoáveis”.¹²¹

No raciocínio desse corolário, para se desempenhar com êxito a função motivadora de prevenir crimes e de reprimir as condutas criminosas com a necessária legitimidade jurídica, é preciso assumir a lei o dever de observar uma linguagem apropriada para ser compreendida pelos seus destinatários, a população em geral.

Sobre esse corolário, TOLEDO assim se manifesta:

“Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio

¹²¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 54-55.

atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecido presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica”.¹²²

Nilo BATISTA ressalva que, no Brasil, recorreu-se ao expediente dos tipos penais vagos e ambíguos em casos de delitos com deliberadas intenções de perseguição política, tais quais as afamadas leis de segurança nacional, revelando que a criação desses tipos de incriminações transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais.¹²³

2.3. O Garantismo¹²⁴ de FERRAJOLI e sua abordagem material de princípio jurídico

Reconhecendo a sua contribuição para uma compreensão política do direito e para uma aproximação entre teoria e *práxis*, ou seja, entre o viés regulador e o emancipador do direito, entende-se que a doutrina de FERRAJOLI – nascida na matriz política do liberalismo e na matriz

¹²² TOLEDO, Francisco de Assis. Obra citada, p. 29.

¹²³ BATISTA, Nilo. Obra citada, p. 78-80.

¹²⁴ A teoria geral do *garantismo*, em sua versão contemporânea, surgiu, inicialmente, na esfera penal para combater o crescente distanciamento entre a normatividade constitucional e a (ausência de) efetividade dos níveis inferiores, bem como as culturas jurídicas e políticas que mantêm, ocultam e alimentam esse estado jurídico e social. A sua elaboração teórica – realizada em 1989, por Luigi FERRAJOLI, membro aposentado da magistratura italiana e adepto, no passado, da prestigiada Escola do “Uso Alternativo do Direito” – surge para muitos juristas como base para uma nova compreensão de princípios jurídicos. Daí decorre a importância (aqui) da sua abordagem, cuja pesquisa adotou como fonte primeira: FERRAJOLI, Luigi. *¿Que es el garantismo? El punto de vista externo*. In: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, cap. 13-14, p. 851-903 e 905-957. Ocupou-se, também, da obra de um dos representantes dessa corrente no Brasil: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do

epistemológica do positivismo – apesar de apresentar um discurso de oposição ao pensamento dogmático tradicional, reformulando conceitos e categorias, consiste numa crítica interna, não havendo como deixar de ser considerada integrante desse modelo jurídico, mormente diante de ser evidente herança do neopositivismo de Kelsen e Bobbio, e do realismo de Alf Ross. Daí o porquê da inclusão deste item no presente capítulo.

A natureza meramente formal da legalidade, inclusive e principalmente no direito penal, esgotando-se na existência de lei incriminadora, representada por um tipo penal qualquer, excluindo-se o conteúdo da incriminação como objeto da ciência jurídica é uma das grandes preocupações de FERRAJOLI, visto que os chamados bens jurídicos protegidos e as sanções penais preconizadas pelo legislador penal, em geral, não guardam sintonia com os princípios constitucionais. Fato este que não é motivo de preocupação da grande maioria dos juristas, em especial, dos penalistas.

Para lidar com essa deprimente constatação, FERRAJOLI trabalha com três acepções de *garantismo*, as quais apareceram originariamente no direito penal, mas que se pode transportar para outras áreas jurídicas. A primeira serve para designar um modelo normativo de direito, o modelo da estrita legalidade (poder mínimo do Estado), pertinente ao Estado de direito, que subordina todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos dos direitos fundamentais (legitimação substancial), que se revelam através de *princípios jurídicos construídos historicamente*.

A segunda acepção serve para designar uma teoria jurídica que separe os conceitos de validade, efetividade e existência ou vigência das normas, em uma perspectiva notoriamente diversa da tradicional postura positivista. Aparece, assim, uma teoria *garantista* normativista e realista ao mesmo tempo, permitindo se estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no direito. Nesse aspecto, pode revelar o grau de validade do ordenamento referente aos níveis

mais baixos e, por outro lado, o grau de efetividade do ordenamento no que concerne aos níveis mais altos. De qualquer forma, o *garantismo* exerce, como doutrina jurídica, uma função de legitimação e, sobretudo, no entender de seu idealizador, de deslegitimação interna do ordenamento jurídico, colocando à mostra suas antinomias, a partir de uma luz principiológica de garantia dos direitos fundamentais. Uma espécie de combate ao caráter retórico que os princípios, de um modo geral, assumem na prática.

A terceira acepção serve para designar uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado uma justificação externa que esteja de acordo com os bens e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos. Nesse sentido, o *garantismo* assume um papel que pressupõe uma distinção entre direito e moral (em nível epistemológico, teórico e político), validade e Justiça, ponto de vista interno (ou jurídico) e ponto de vista externo (ou ético-político) quanto à valoração do ordenamento, enfim, entre ser e dever ser do direito.

Tais acepções, no entender de Luigi FERRAJOLI, traçam, as linhas de uma teoria geral do *garantismo* elaborada para possibilitar a compreensão de todos os campos do direito, construindo, a partir dela, uma nova dimensão principiológico-jurídica.

Para FERRAJOLI, o *garantismo* é sinônimo de Estado de direito, se trabalhado conforme a segunda acepção. Quer dizer, quando designa um modelo de Estado originado no constitucionalismo moderno e caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade, em razão do qual o poder público encontra-se vinculado e, mais do que isso, subordinado a leis gerais e abstratas, que ditam suas formas de exercício, sob controle de juízes, e, no plano substancial, pelo funcionamento de todos os poderes do Estado em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da proibição de ferir dos direitos de liberdade e das obrigações de satisfazer os direitos sociais.

Arremata, de outra banda, que, sendo o *garantismo* uma espécie de

tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos realizados historicamente através de sua positivação na esfera do Estado de direito, ele não pode, desta forma, ser concebido fora do marco teórico do positivismo jurídico. Entretanto, FERRAJOLI divide o juspositivismo em dogmático e crítico. O primeiro seria toda orientação teórica que ignora o conceito de vigência das normas como categoria independente das de validade e efetividade. Orientação esta que não serve à teoria geral do *garantismo*.

Tal teorização parte da distinção da vigência das normas tanto de sua validade como de sua efetividade – posicionamento do juspositivismo denominado de crítico – colocando em xeque dois dogmas do positivismo dogmático: fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao direito positivo vigente. Além destes, são derrubados também os postulados da coerência e da plenitude do ordenamento jurídico, os quais, no Estado de direito, resultam como limites ideais de direito válido, refletindo o dever ser das normas em relação a suas normas superiores.

Em vista disso, alerta o pensador italiano que a tarefa do jurista, partindo de um positivismo crítico, não é sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento com o fim de demonstrá-las com a coerência e a plenitude que não possuem, mas denunciar a incoerência e a falta de plenitude através de juízos de invalidade sobre as inferiores e, correlativamente, de inefetividade sobre as superiores.

Na terceira acepção, o autor da teoria em questão designa o *garantismo* como uma filosofia política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, partindo da distinção entre direito e moral, ou entre Justiça e validade, ou ainda entre ponto de vista interno ou jurídico e ponto de vista externo ou ético-político.

A alternativa caracterizada pela separação entre os princípios de legitimação interna ou jurídica e externa ou moral, pode ser tratada como o reflexo de uma alternativa mais geral, a qual está baseada na existência de

doutrinas políticas que fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos, justificando o direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, e aquelas doutrinas políticas que, por outro lado, fundamentam os sistemas políticos sobre finalidades sociais, em que as instituições políticas e jurídicas seriam males necessários para alcançar os interesses fundamentais dos cidadãos.

Parafraseando Niklas Luhmann, FERRAJOLI utiliza a expressão *autopoiese* para designar as doutrinas que fundamentam o Estado e o direito sobre si mesmos, e *heteropoiese* para designar as doutrinas do segundo tipo.

Enquanto que para as doutrinas autopoieticas o Estado constitui um fim em si mesmo, cuja conservação e reforço terão de ser instrumentalizados o direito e os direitos, para as doutrinas heteropoieticas, o Estado é um meio legitimado precisamente com o fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Para estas últimas doutrinas, o ponto de vista é externo ao Estado, parte da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas elas mesmas os fins e os valores que instituem o Estado para a sua defesa.

As doutrinas autopoieticas de legitimação são aquelas que postulam princípios legitimadores do alto. Elas assumem o princípio da legalidade como princípio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em razão de sua forma ou de sua fonte.

Por seu turno, as doutrinas heteropoieticas da legitimação do Estado e do direito provém de fora ou de baixo para cima, a partir da sociedade. E o *garantismo* consiste essencialmente nesta fundamentação heteropoietica do direito, na negação de um valor intrínseco do direito somente por estar vigente e do poder somente por ser efetivo e na prioridade axiológica de ambos a partir do ponto de vista externo, orientado para a crítica e transformação. E, ainda, na concepção utilitarista e instrumentalista do Estado, dirigido à realização dos interesses vitais dos cidadãos. Contudo, sempre na qualidade de modelo normativo imperfeitamente realizado, valendo como parâmetro de legitimação e deslegitimação política. É nessa perspectiva jurídico-pragmática que o

garantismo propõe ser inovador, articulando características que proporcionam uma avaliação funcional dos discursos presentes na sociedade, edificando uma ciência histórica, compromissada social e politicamente com a emancipação do homem.

Assim, o ponto de vista externo de FERRAJOLI destaca-se por significar o ponto de vista dos cidadãos. O cidadão aqui é assumido enquanto valor, enquanto princípio, bem como os diversos pontos de vista externos por eles expressados. Este é o valor sobre o qual se baseia a tolerância, que é definida como a atribuição de idêntico valor a cada pessoa, enquanto que a intolerância consiste no desvalor associado a uma pessoa pela sua particular identidade.

Daí a concepção de um princípio da igualdade jurídica que deve pairar sobre os demais, e é composto pelo valor associado à pessoa e pelo princípio da tolerância, e inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais.

No entender de FERRAJOLI, a igualdade jurídica pode ser formal ou política e substancial ou social, e, em ambos os sentidos, ela constitui um princípio normativo e pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais, que são as técnicas de se assegurar e de se perseguir a igualdade e, conseqüentemente, a Justiça social.

Assim, para o referido autor, o ponto de vista externo exerce sempre primazia sobre o ponto de vista interno, seja no sentido negativo, na autonomia moral e política dos cidadãos e na natureza jurídica e ético-política da obrigação de observar as leis, seja no sentido positivo, na função normativa destinada ao direito em relação aos poderes, públicos e privados, pois que a função *garantista* do direito em geral consiste na minimização do poder, sendo este a base das desigualdades entre as pessoas.

O jurista italiano afirma, em contrapartida, que acreditar que é suficiente um sistema normativo adequado e cheio de garantias para limitar os poderes públicos em sua escalada *antigarantista* e para promover o bem-estar social, é

incorrer em uma *falácia garantista*.

Por isso, FERRAJOLI, mencionando Rudolf Ihering (*A luta pelo direito*), propõe que, através da luta pelos direitos, ou seja, pelo seu exercício constante e sua defesa tenaz frente a todos os obstáculos possíveis, ameaça ou violação, pode-se garantir sua posse efetiva e a valorização da pessoa, pois que um direito não exercitado ou não defendido está fadado a cair e a sucumbir. E o direito de resistência é a forma mais extrema de luta.

CAPÍTULO III

UMA LEITURA CRÍTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O QUE SE CALA

1. O CARÁTER RETÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA SEMIOLOGIA POLÍTICA¹²⁵

O princípio da legalidade mostra-se como o primado da lei decorrente de decisão popular e reveste-se no fundamento de um Estado limitado pelo direito. Entretanto, mesmo essa roupagem funcional foi alvo de críticas que

¹²⁵ A Semiologia consiste na própria ciência dos signos, na ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social; SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 24. Ela se caracteriza por construir um sistema teórico que explica o funcionamento dos diversos tipos de signos (dimensão epistemológica da Lingüística – teoria dos signos verbais), o que faz com que ela se apresente como uma linguagem (análise) sobre as linguagens (metalinguagem), o que provocou, no início do século XX, uma postura filosófica perigosa pela crença de que o conhecimento (a verdade) pode ser alcançado pelo uso de uma linguagem objetiva e rigorosa (característica do neopositivismo lógico do Círculo de Viena). Já a Semiologia Política (Semiologia do Poder), categoria idealizada por Luis Alberto WARAT, revela “uma prática complexa, que, no interior de cada discurso, deve mostrar, em um processo contra-discursivo, as funções sociais dos diferentes âmbitos e modos de significar”, situando-se em um projeto crítico que não procura fazer uma análise formalista dos signos, mas, ao contrário, considerá-los no processo de articulação discursiva, que é sempre um ato político e institucional, capaz de denunciar o seu poder. Em outros termos, a Semiologia Política serve como proposta epistemológica no sentido de “analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de efeitos de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, como fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social”. WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo (colab.). *O direito e sua linguagem*: 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio

provocaram certo desgaste, a partir de questionamentos acerca da sua eficácia. E tal desgaste estendeu-se à operacionalização do princípio no direito penal, em que o apego à legalidade é bem maior, em face da concepção utilitarista de legalidade surgida na Escola Clássica, principalmente, com BECCARIA, exigindo-se leis claras e precisas, anteriores ao fato criminoso, a serem criadas pelo Legislativo e aplicadas pelo Judiciário sem a possibilidade de interpretações ou recriações de novos significados legais (os corolários da regra da legalidade). Tudo com o objetivo primordial de proporcionar a desejada segurança jurídica.

Pela constituição de um Estado democrático de direito (Estado de legalidade), cujo substrato seria a representatividade, apresenta-se à sociedade um modelo jurídico de garantias – até certo ponto previsível, em nível de programação, já que em tese é erigido por essa mesma sociedade – que visa à delimitação do próprio poder estatal e a colocação a salvo das liberdades individuais, através de normas elaboradas por um poder competente, o qual é regulado por outros, tornando, assim, inquestionável a sua legitimidade e, ainda, a sua necessidade para a existência e manutenção da paz e da ordem sociais.

Percebe-se, destarte, a utilização pela dogmática jurídica de um discurso cientificista (e político) amparado no princípio da legalidade objetivando perpassar uma ideologia que engendre legitimidade ao poder de punir do Estado, declarando proteção a bens jurídicos de máxima garantia. E que, somente em caso de violação das regras de comportamento que os resguardam, agiria o Estado no sentido da aplicação das sanções previamente estipuladas no ordenamento jurídico-penal.

Esta racionalidade normativa, utilizada como método da ciência do direito, serviria de guia para a atuação legítima do sistema penal, descartando qualquer hipótese de uso arbitrário do poder por parte dele. Pois, auxiliado pelo

discurso autorizado da *ciência*, que se proclama objetiva e neutra, o Estado consegue impedir a adoção de uma postura reflexiva a respeito do seu próprio sistema, evitando o questionamento do poder posto.

Vera ANDRADE¹²⁶, esclarecendo e fortalecendo o que foi dito alhures por outros olhos sobre a dogmática jurídica, afirma que ela tem por objeto o próprio direito positivado e, como tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata), a edificação de um sistema de teorias e conceitos elaborados a partir da interpretação das normas, cuja função é a de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais a fim de resultar uma prestação jurisdicional igualitária. Em poucas palavras, tem por função oficial, no âmbito do direito penal, a promessa de racionalização do poder punitivo estatal e de segurança jurídica na administração da Justiça penal.

E acrescenta a jurista gaúcha:

“A Dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais.

Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida que denominaremos *função instrumental racionalizadora/garantidora*”.¹²⁷

E essa função guarda, segundo ANDRADE, duas dimensões que, embora articuladas, podem ser diferenciadas analiticamente. Uma dimensão programadora das decisões judiciais penais como contribuição à

¹²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

¹²⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 123.

operacionalidade decisória. E outra, de base humanista, vinculada à exigência de garantia dos direitos humanos individuais, que confere à primeira dimensão, que possui um caráter eminentemente técnico, um compromisso de elaboração de decisões igualitárias, seguras e, acima de tudo, justas.

A respeito do assunto, arremata a semióloga e criminóloga:

“Podemos então pontualizar que na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito (Penal) vigente a Dogmática (Penal), partindo da interpretação das normas (penais) produzidas pelo legislador (nuclearmente o princípio da legalidade) e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema conceitual do crime que, resultando congruente com tais normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais”.¹²⁸

Assim, a substância do discurso dogmático racionalizador/garantidor é o dualismo liberal: Estado *versus* indivíduo (poder punitivo *versus* liberdade individual), tendo como questão principal a racionalização do poder punitivo diante dos direitos individuais, que a dogmática penal promete realizar, centralizada no princípio da legalidade. Este, sendo o sustentáculo do próprio Estado de direito, reveste-se também na base de todo o direito penal garantidor, como o princípio fundante do moderno direito penal.

Desta forma, a idéia que melhor sintetiza a função declarada (retórica) da dogmática penal e do princípio da legalidade penal é a denominada *segurança jurídica*, enraizada no seu discurso sistêmico, o sistema da teoria do crime.

A dogmática penal tem abalizado assim:

¹²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 125.

“... o limite das interpretações possíveis ao fornecer o instrumental conceitual apto para que as decisões judiciais e as punições que delas derivam se fundamentem e se delimitem em torno da lei penal e da conduta do autor, objetiva e subjetivamente considerada em relação ao fato-crime, e não em torno da pessoa do autor, submetido à subjetividade do intérprete, exorcizando por esta via a sua arbitrariedade. A arquitetônica conceitual do crime corresponde assim a um secular esforço da Dogmática na construção das categorias que demarquem os parâmetros objetivos e subjetivos para a imputação da responsabilidade no processo penal”.¹²⁹

Com isso, consegue assegurar a adesão à ilusão de que vivemos num Estado democrático de direito – com liberdade e igualdade de tratamento para todos – e de que os princípios constitucionais são úteis, porque eficazes nas suas funções de garantia, inclusive o da repartição dos poderes – historicamente proposto por Aristóteles e idealizado, como já visto, por MONTESQUIEU em obra memorável – que cumpriria, satisfatoriamente, seu papel de coibir o abuso do poder. Contudo, aos mais atentos interlocutores desse discurso cientificista, a sua retórica visando a dar e obter lealdade à crença de segurança jurídica é de clareza meridiana, pois não concretiza a promessa que faz.

Diz Horácio Wanderlei RODRIGUES ser um dos grandes mitos contemporâneos o de que o direito está assegurado a partir do momento em que se concretiza através de um texto escrito. E o Estado de direito surge como o seu garantidor, como avalista da ordem democrática. Afirma RODRIGUES que a relação entre legalidade e democracia liberal é falsa e omite o fato de ambas garantirem o sistema econômico capitalista, impedindo a efetivação de uma justiça social. Encobre, ainda, ser esse mesmo Estado de direito, burguês, o qual, por tal motivo e em verdade, visa a garantir os direitos do capital e do trabalho, não deixando à mostra o fato de ele também regulamentar os

¹²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 127.

instrumentos que permitem o seu próprio controle. Destarte, o discurso jurídico é um discurso mítico, um simulacro, porque faz crer, de maneira irreal, que a sua simples positivação tem valor de garantia efetiva dentro do Estado democrático.¹³⁰

Outro exemplo de seu caráter mítico do discurso jurídico é a capacidade de absorção dos problemas sociais, econômicos e políticos. Em muitos momentos, o discurso jurídico mostra-se como *a solução de todos os males*. Ele trata os problemas sociais como questões de ordem legal, negando, em grande parte, a sua motivação político-econômica. É o que ocorre com a situação da criminalidade e a proposição de penas mais severas. O discurso jurídico associado à idéia de Estado democrático de direito permite a busca da resposta para a crise pela via do jurídico, encobrando a problemática econômico-social.

Por outro lado, o princípio da legalidade, ao insinuar, na esteira de Norberto BOBBIO, o seu caráter de norma generalíssima do sistema, cumpre como qualquer outra norma uma função também retórica, pois a sua função de garantia, consistente na fixação de normas claras e precisas – verdadeiro mito da ciência jurídica – anteriores ao fato punível, torna-se inviável na medida em que, pela natureza plural da interpretação normativa, nada podem resguardar. A vagueza e a ambigüidade da norma decorrem da sua própria estrutura enquanto signo lingüístico. O signo desdobra-se em significante e significado, sendo que, para cada significante (vazio de sentido/significado) corresponde uma infinidade de significados (arbitrários)¹³¹. Por isso mesmo, podem ser preenchidos por uma significação (interpretação) qualquer, comportando e produzindo, assim, inúmeros sentidos gregários, uma autêntica polissemia.

¹³⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 95-96.

¹³¹ O signo lingüístico resulta da combinação de dois elementos: conceito e imagem acústica ou, em outros termos, significante e significado. SAUSSURE, Ferdinand de. Obra citada, p. 79-81.

O jurista tem a chance de escolher uma dentre as mais variadas significações possíveis, contudo, a sua escolha dependerá de um conjunto de crenças e valores que compõem o *senso comum teórico dos juristas* e que funcionam sempre em prol da ideologia dominante, pulverizando nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável da história do poder, construindo um outro mito¹³² da dogmática: o da neutralidade.

Nesse passo, uma significação (interpretação) somente é majoritária, não porque seja mais verdadeira do que as outras, visto que todas são arbitrárias, mas porque, no embate de sentidos, sua argumentação carrega um discurso mais forte de poder, que se sobrepõe aos demais, o qual, no entendimento de BARTHES, é um discurso que engendra o erro e, por conseguinte, a culpabilidade daquele que o recebe¹³³. Nesse sentido, BOURDIEU acrescenta que esse poder, denominado por ele de simbólico, somente pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.¹³⁴

E como o poder é plural, onipresente, em virtude das diversas forças que atuam na sociedade – e, ainda, porque a sua ambiência é o próprio discurso (a linguagem) – o que hoje é válido, poderá não vir a ser amanhã, o que hoje é certo, amanhã poderá vir a constituir o errado, numa lógica lingüística muito mais diacrônica (histórica) do que sincrônica (estrutural), visto que a estrutura sofre apenas sutis abalos, enquanto o conteúdo é modificado aos sabores da

¹³² Contemporaneamente, o mito é um “produto significativamente congelado de valores com função socializadora. Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como venerem as formas de poder que engendraram essa situação. Reduzidos à sua caracterização política, pode afirmar-se que a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística”, WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*, p. 104-105.

¹³³ BARTHES, Roland. *Aula*. 7. ed. Trad. Leila Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 1997, p. 11.

¹³⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 7-8.

conveniência dominante, fazendo dos destinatários verdadeiras vítimas de inevitáveis imposições arbitrárias de um arbitrário cultural (violências simbólicas)¹³⁵, na melhor das hipóteses.

Em linha de raciocínio, Herbert HART chama a atenção para o fato de que todo discurso jurídico possui como uma de suas características a *textura aberta*¹³⁶, ou seja, a incerteza do conteúdo das normas formuladas, em face da existência de um limite, vinculado à própria natureza da linguagem, de precisão significativa quanto à sua orientação, que constitui o espaço de um amplo poder discricionário.

As línguas naturais, afirma HART, têm irredutivelmente uma textura aberta, principalmente na utilização de termos classificatórios gerais, e os cânones de interpretação não possuem o condão de eliminar as incertezas daí derivadas (embora, acredite o jurista inglês, elas possam diminuir), pois que os próprios cânones são regras gerais sobre o uso da linguagem e, por isso, exigem também interpretação. E colocada de lado esta efetiva dependência da linguagem, com a sua característica de textura aberta, acredita ainda HART que:

“... não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas.

¹³⁵ “Todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força”, BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *Fundamentos de uma teoria da violência simbólica*. In: *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p. 19. Os autores falam que a seleção de significações é arbitrária por não corresponder a qualquer princípio universal relativo à natureza seja das coisas ou da espécie humana, mas às condições sociais existentes.

¹³⁶ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 137-149.

Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'.¹³⁷

Assim, não só o princípio da legalidade, mas todos os princípios e regras jurídicos que compõem um sistema exercem uma forte carga retórica ao transmitir ao usuário um sentimento de segurança e justiça. A segurança dada pelos princípios, como já dito, é falsa, é aparente e, na realidade, serve de justificação para uma atitude ideológica daquele que está encarregado de aplicar a lei.

Nesse sentido, tencionando desmontar a coerência do discurso da legalidade, Rosa CUNHA, partindo da importância central que o princípio da legalidade representa enquanto forma jurídico-política para o exercício do poder, resolveu analisá-lo sob um eixo chamado sistema de legalidade, e dentro dessa ótica esclarece que:

“... o princípio da legalidade não é uma prática, como foi a

¹³⁷ HART, Herbert. Obra citada, p. 141.

Prova no direito germânico e o Inquérito na Idade Média e no Renascimento. Ele é um *tópico retórico*, que tutelou e tutela um conjunto de práticas diferentes, as quais se foram sucedendo desde o século XVIII. Conjunto de práticas enfeixadas num *sistema de legalidade*, ainda não explicitado pelo pensamento jurídico predominante relativamente às múltiplas redefinições que o princípio sofreu em seu interior”.¹³⁸

No interior desse sistema de legalidade, a mencionada autora identifica três concepções distintas e contraditórias de práticas penais que denunciam a fraqueza lógica do discurso da legalidade: a) uma concepção *utilitarista*, surgida com o *clamor legalista* de BECCARIA, consistente em crimes e penas previamente formulados em leis claras e precisas pelo poder legislativo, e aplicadas por um judiciário independente, significativas da defesa social, por fornecer segurança e certeza aos cidadãos; b) uma concepção *retributiva*, em que a pena é forjada como retribuição de caráter divino, moral ou jurídico (a pena perde o caráter de utilidade social, ajustando-se à personalidade do agente), e manifestante de grande interesse na personalidade do criminoso (esta concepção é revelada pelas reformas penais introduzidas na Europa do século XIX); c) e, por fim, uma concepção calcada, predominantemente, na periculosidade, vinculando a punição à *personalidade do criminoso*, e desqualificando, na imposição do castigo, a própria tipicidade (mudança de um direito penal preocupado com o fato criminoso para um direito penal que prioriza a personalidade do autor).¹³⁹

É notório, pela exposição acima, que o recurso principiológico contém uma intensa carga emotiva e, por essa razão, funciona como *condição retórica de sentido*, ou seja, como condição que vincula o pensamento a uma

¹³⁸ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 37. *Tópico retórico* é definido pela autora como “um *standard* valorativo permeável a variações de sentido na ordem sincrônica e diacrônica. No campo do direito o tópico retórico é um princípio ideológico ordenador da interpretação e aplicação dos institutos jurídicos, expressando pontos de vista aceitos pela comunidade dos juristas”.

¹³⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Obra citada, p. 38 e ss.

determinada idéia, visto que produz uma argumentação que persuade, porque quem o emite se fundamenta em diretrizes valorativas ou princípios ideológicos, dando cientificidade a uma decisão, apresentando uma identidade disfarçada de legalidade e de Justiça.

Os princípios jurídicos, signos que são, por mais que se deseje, não trazem uma verdade em si (ontológica), mas a verdade (vontade) dos exegetas resguardada pela metodologia cientificista utilizada e ensinada pela dogmática, a qual, filiada ao pensamento de Kant, sustenta que o significado das palavras é determinado pela realidade, o que implica aceitar a noção de que existem definições verdadeiras, que traduzem as propriedades essenciais das coisas. O próprio caráter arbitrário do signo desqualifica a tese de que as palavras da lei são constitutivas dos sentidos jurídicos e de que interpretar é encontrar a significação real da norma.¹⁴⁰ A história tem demonstrado que não há saber científico que não possa ser refutado.

2. O OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

2.1. A Criminologia Crítica: um perfil conceitual

A criminologia vem experimentando, desde o final da década de cinquenta e início da década de sessenta, uma forte mudança em nível metodológico e epistemológico, que tem delineado o surgimento de um novo paradigma¹⁴¹ – desconstrutor do tradicional modelo positivista¹⁴², etiológico-

¹⁴⁰ Conforme SAUSSURE, Ferdinand de. Obra citada, p. 81-82; e WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 28.

¹⁴¹ “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade [científica] partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. É a clássica conceituação de KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Coleção *Debates*. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 219.

determinista – iniciado pelos estudiosos da *Escola Americana de Criminologia* (*Nova Escola de Chicago*), desenvolvido na sociologia criminal, cujas bases teóricas encontram-se em correntes da fenomenologia – o *interacionismo simbólico*, inspirado na psicologia social e na sociolinguística do norte-americano George H. Mead, e na *etnometodologia*, originária da sociologia fenomenológica do austríaco Alfred Schütz –, e que sofreu a denominação de *paradigma da reação social* (ou *do etiquetamento, da definição, do controle* ou, simplesmente, *labelling approach*, dada a sua origem anglo-saxônica).¹⁴³

Essa linha criminológica inovadora, hoje conhecida como *Criminologia Crítica* ou *Nova Criminologia*, surge numa perspectiva teórica flexível, abordando questões inevitavelmente revolucionárias, e mudando o referencial criminológico do delinqüente e do crime, para o próprio sistema penal, o sistema de controle (mecanismos de seleção), consistente no encadeamento das esferas de produção normativa e de reação social, expressando o domínio de um grupo ou classe social, trazendo à tona o caráter político do direito penal, rompendo com o monismo cultural da criminologia anterior (sustentada no paradigma etiológico), em que prevalecia o modelo de consenso. Esse paradigma criminológico alternativo privilegia, quanto ao desvio e à criminalidade, a análise dos mecanismos de definição e de etiquetamento institucionais e informais, incluindo, assim, o próprio processo de criminalização primária (criação da lei penal) e secundária (aplicação da lei penal).

Explica ANDRADE quanto ao novo paradigma:

¹⁴² Também denominado *paradigma etiológico*, nascido na Europa oitocentista, o qual é baseado num saber criminológico positivista, que valoriza a Criminologia como ciência por estudar o crime e o criminoso a partir de um modelo causal-explicativo dos fatos observados, e que prevalece até hoje, sendo aliado importante da ideologia dominante na dogmática penal (a ideologia da defesa social).

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 87. Ver também sobre o assunto ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 276-287, abr./jun., 1996.

“Modelado pelo interacionismo simbólico e a etnometodologia como esquema da conduta humana (o construtivismo social) o *labelling* parte dos conceitos de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção”.¹⁴⁴

Partindo da idéia de que a criminalidade não possui uma natureza ontológica (uma conduta não é criminal *em si* e nem o seu autor é um criminoso *por si*), mas sócio-atributiva, e que o controle social exerce um papel constitutivo na sua construção seletiva, o *labelling approach* “desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das ‘causas’ do crime e, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal”.¹⁴⁵

O enfoque apresentado pelo novo paradigma da criminologia apresenta-se como um instrumento teórico que objetiva desnudar a função política e jurídica da criminologia tradicional, encoberta pelo discurso cientificista do modelo mecanicista do paradigma etiológico, de natureza epistemológica positivista, revelando a natureza classista do controle social operado pelo atual sistema de justiça criminal.¹⁴⁶

A teoria criminológica crítica começa pelo confronto das aquisições das teorias sociológicas sobre crime e controle social com os princípios da ideologia da defesa social, suporte do discurso repressivo dos sistemas penais, os quais são: os princípios de *igualdade*, de *legitimidade*, do *bem* e do *mal*, de

¹⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 280.

¹⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 281.

¹⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos; TANCREDO, Sérgio. *Apresentação*. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo.

culpabilidade, da prevenção e do interesse social. Um cotejo iconoclasta que parte da antiquada sociologia criminal positivista, que vê o crime como realidade ontológica preconstituída, até a recente sociologia do direito penal, que trabalha as definições e o processo de criminalização do sistema penal como elementos formadores do crime e do criminoso.¹⁴⁷

A interdisciplinariedade do novo paradigma contribui, segundo o criminólogo italiano Alessandro BARATTA, para a construção de um modelo integrado de ciência do direito penal que revela um discurso científico que torna possível um controle interno, formal e jurídico, do sistema de justiça criminal que visa à sua correspondência com os princípios, dentre outros de cunho liberal, de igualdade, liberdade e legalidade, através dos quais se traduziu a *promessa* da modernidade. Propicia, ainda, um controle externo desse sistema de justiça, abalizado sobre critérios políticos e de justiça material referidos à seleção e à defesa dos bens jurídicos, através do controle de comportamentos e de situações problemáticas: a relação entre benefícios e custos sociais da sua intervenção, gerando a possibilidade da existência de um direito penal mínimo.

BARATTA destaca que, partindo da sociologia jurídica, cujo objeto consiste na relação entre os mecanismos de ordenação do direito e da comunidade e, ainda, na relação entre o direito e outros setores da ordem social, é possível compreender-se as estruturas normativas da comunidade e as condições e efeitos das normas jurídicas. Sendo assim, o estudo da sociologia jurídica permite a análise da ação direta e indireta de grupos de interesse na formação e aplicação do direito, bem como a reação social ao comportamento desviante, na qualidade de controle social não-institucional, por meio do direito e dos órgãos oficiais de sua aplicação.¹⁴⁸

Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. X.

¹⁴⁷ Com essa abordagem ver BARATTA, Alessandro. Obra citada.

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 21-22.

No que tange à sociologia jurídico-penal, especificamente, a sua contribuição reside no fato de se ocupar: primeiro, das ações e dos comportamentos normativos que consistem na formação e na aplicação de um sistema penal dado; segundo, dos efeitos do sistema, a partir do seu aspecto institucional de reação ao comportamento desviante e do correspondente controle social; e, terceiro, das reações não-institucionais ao comportamento desviante entendidas como um componente do controle social do desvio, ao lado das reações institucionais antes mencionadas.

Face à delimitação acima, BARATTA evidencia – em virtude de uma certa área de convergência de interesses, na busca de uma definição mais propriamente da área de trabalho da sociologia jurídico-penal – uma relação entre a sociologia jurídico-penal e a sociologia criminal e entre aquela e a sociologia geral.¹⁴⁹

Na primeira relação, BARATTA define a sociologia criminal como a disciplina que estuda o comportamento desviante com relevância penal, a sua gênese, a sua função no interior da estrutura social dada. E a sociologia jurídico-penal, ao contrário, como sendo a que se empata propriamente dos comportamentos que representam uma reação (institucional ou não) ante o comportamento desviante, os fatores condicionantes e os efeitos desta reação, assim como as implicações funcionais dessa reação com a estrutura social global. A partir daí, releva que o ponto de encontro e de superposição entre ambas reside nos aspectos da noção, da constituição e da função do desvio, conectados estreitamente com a função e os efeitos estigmatizantes da reação social institucional e não-institucional.¹⁵⁰

Quanto à segunda relação, acredita o autor que ela começa a se delinear

¹⁴⁹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 23 e ss.

¹⁵⁰ As reações *não-institucionais* são constituídas, segundo BARATTA, pelos processos de definição e pelas atitudes que se desenvolvem no interior da opinião pública e do ambiente, na confrontação do desvio, sofrendo influência decisiva do sistema de comunicação de massa e, mais indiretamente, do sistema educativo. BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 239.

quando se percebe a distinção entre o objeto específico da pesquisa sociológico-jurídica e o horizonte explicativo e interpretativo dentro do qual os fenômenos setoriais analisados podem e devem ser inseridos, qual seja: o horizonte da estrutura sócio-econômica, que coincide com o objeto da sociologia geral. Assim, uma atitude microsociológica quanto ao objeto, encontrada na atual sociologia jurídica, é perfeitamente compatível com uma atitude macrosociológica quanto ao horizonte explicativo e interpretativo dos fenômenos. Isto vem possibilitar à sociologia jurídica a realização da função de teoria crítica da realidade social do direito. Esta orientação, no campo específico da sociologia do direito penal, caracteriza-se como sendo a *Nova Criminologia* ou *Criminologia Crítica*.

Assim, arremata BARATTA, a situação da sociologia jurídico-penal demonstra que os impulsos de renovação e de aprofundamento crítico devem ser buscados além de suas próprias fronteiras, sobretudo na sociologia geral.¹⁵¹

2.2. Os antecedentes da Criminologia Crítica

A Criminologia Crítica teve como antecedentes históricos, notadamente, a Escola Clássica, a Escola Positiva italiana, a sociologia criminal e a criminologia desenvolvida nos países socialistas (séc. XIX), sendo esta última, prenúncio da *Nova Criminologia*, visto que já elaborava críticas à criminologia dominante nos demais países, apesar de manter uma estreita ligação com o aspecto puramente jurídico e ideológico (marxista-leninista).

Outrossim, apesar dessa riqueza histórico-teórica, compreende BARATTA que, nos dias atuais, a criminologia ainda é marcada pela tendência de superação das teorias patológicas da criminalidade, vinculadas à criminologia positivista que predominou entre o final do século XIX e início do

¹⁵¹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 25-28.

século XX.¹⁵² Contudo, o ecletismo dos saberes compõe o discurso do moderno sistema penal.

Figueiredo DIAS e COSTA ANDRADE mencionam que é com a Escola Clássica (século XVIII) que se identifica o início da criminologia como ciência, apesar de o crime ter sido, historicamente, objeto de constante preocupação social. E essa identificação ocorre em virtude da natureza sistemática da produção teórica, independentemente do valor do conteúdo de suas teses. Influência da corrente racionalista predominante na época.¹⁵³

Nesse diapasão, Vera ANDRADE ressalta:

“Sendo a concepção racionalista de ciência orientada por uma concepção mecanicista do universo (como um conjunto de leis naturais absolutas e predeterminadas) o seu método cumpre, conseqüentemente, a função de investigação racional e sistemática daquelas leis ou princípios e, portanto, de revelação do próprio objeto; ou seja, da origem natural e predeterminada do Direito Penal.

Consoante esta premissa jusnaturalista, o Direito Penal revelado e verdadeiramente digno de consideração era apenas o que decorria, por dedução lógica, seja de um hipotético contrato social (como em Beccaria), seja da natureza racional do homem ou da lei divina (como em Carrara) pois, em qualquer caso, o Direito não é visto como produto histórico”.¹⁵⁴

Entre os pensadores dessa Escola que diretamente discutiram o problema criminal estão: Feuerbach, Bentham, Blackstone, Rossi, Carrara e, o mais destacado de todos, Cesare BECCARIA, cuja obra foi qualificada por

¹⁵² BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 29.

¹⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 5-6.

¹⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 47-48.

Radzinowicz como *o manifesto da abordagem liberal ao direito criminal*.¹⁵⁵

É de se relevar que, segundo essa Escola, o principal objetivo do direito e da ciência criminal era o de prevenir os abusos praticados pelas autoridades (limitação do poder do Estado, a partir da idéia de *contrato social* em torno dos valores fundamentais dos cidadãos). Tem-se, também, que o crime constitui-se num ente jurídico e não fático (princípio da legalidade), cujas penas deveriam seguir o critério da utilidade.

Nesse sentido, BARATTA leciona:

“o direito penal e a pena eram considerados pela Escola Clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio de legalidade”.¹⁵⁶

Quanto ao último aspecto destacado pelo jurista italiano, a Escola Clássica demonstra que ocupava um lugar de instância crítica diante das práticas penal e penitenciária levadas a cabo pelo Estado absolutista, impulsionando o desejo de vários pensadores humanistas, como BECCARIA, no sentido de propor a substituição da política criminal do *ancien régime* por uma voltada a princípios de humanidade, de legalidade e de utilidade.

Por seu turno, a Escola Positiva italiana surge, no século XIX, com a obra *L'Uomo Delinquente* (O Homem Criminoso), de Cesare Lombroso, trazendo profundas transformações no pensamento criminológico, visto que as

¹⁵⁵ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 8.

¹⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 31.

teses da Escola Clássica não construíram no imaginário social o efeito desejado, qual seja, o de diminuir a criminalidade, pelo menos, simbolicamente. A partir de então, os postulados principais do positivismo assumem o comando da criminologia: determinismo, rejeição do livre arbítrio e de seus pressupostos metafísicos. E seu objeto principal passa a ser o delinqüente e as causas do crime (modelo causal-explicativo), nascendo, assim, a criminologia enquanto *ciência positiva*.

A Escola Positiva, seguindo o ocorrido com a Escola Clássica, formou-se a partir de circunstâncias espaço-temporais multifatoriais. Daí ANDRADE haver diagnosticado:

“Inserida no horizonte histórico de transformações nas funções de Estado que apontavam para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista; de crise do programa clássico no combate à criminalidade; de predomínio de uma concepção positivista de Ciência e declínio do jusnaturalismo ao lado do evolucionismo de Darwin e a obra de Spencer, a Escola Positiva partirá de pressupostos muito característicos que, distanciando-se daqueles que condicionaram a Escola Clássica, explicam, também, o fulcro das críticas a ela dirigidas.

Neste horizonte histórico e sob novos pressupostos ideológicos e teóricos, a crítica do positivismo ao classicismo é centrada, visivelmente, em duas grandes dicotomias: individual x social e razão x realidade (racionalismo x empirismo)”.

Dessa contextualização decorre o pensamento de BARATTA, no sentido de que a criminologia positivista traz uma contribuição diferente na forma de enfrentar o problema da criminalidade e a resposta penal a esta, consistente “na pretensa possibilidade de individualizar ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições

totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário)".¹⁵⁷ A criminologia passa, portanto, a ter como objeto imediato, não mais o delito, mas o homem delinqüente, considerado como um indivíduo *anômalo* e, por isso, clinicamente observável.

Aliados a Lombroso, os italianos Ferri e Garofalo formaram o tripé dos maiores expoentes teóricos dessa Escola, sendo que o primeiro destacava os fatores antropológicos da criminalidade, enquanto Ferri preferia trabalhar com os aspectos sociológicos e, por sua vez, Garofalo dedicava-se às questões psicológicas.

O ponto central da teoria de Lombroso consistia no atavismo. O delinqüente atávico, anatomicamente reconhecível, seria um homem abaixo dos padrões normais de civilização, representando um anacronismo notório.

À classificação de Lombroso, Ferri contrapôs uma outra formada de cinco categorias: criminoso nato, ocasional, passional, habitual e louco. E em lugar do monismo antropológico, colocou sua teoria multifatorial, para a qual o delito é resultante de várias causas: individuais ou antropológicas, físicas ou naturais e sociais.¹⁵⁸

Já Garofalo marcou seu tempo com a tentativa de definição de um conceito sociológico de crime que satisfizesse as exigências de universalidade da nova ciência. "É a teoria do *delito natural*, concebido como a violação dos sentimentos básicos e universais. Nesta linha, GAROFALO preocupar-se-ia com a explicação – *psicológica* – da ausência ou inoperância de tais sentimentos a que, em última instância, se reconduziria a explicação do crime".¹⁵⁹

Muito das teorias positivistas ainda hoje encontram eco, mormente no

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 29.

¹⁵⁸ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 15-16.

¹⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 17.

que tange à ideologia político-criminal, na chamada *ideologia de tratamento*. As concepções de política criminal, no positivismo, preconizavam, ao contrário da Escola Clássica, a ampliação das exigências de direitos sociais em detrimento do criminoso. Não se preocupavam em punir segundo a gravidade da culpa (do fato), mas de fortalecer a defesa da sociedade em relação aos indivíduos socialmente perigosos.

Essas concepções é que levaram Garofalo a considerar *natural* a eliminação do delinqüente, sempre que o crime expressasse a irrecuperabilidade do criminoso para a vida social em razão de uma patologia de cunho psicológico. O que demonstra o risco de se colocar a pessoa do delinqüente à mercê de posicionamentos axiológicos de diagnóstico e de terapia.

É inegável ainda a existência de uma terceira escola como resultado das robustas – mas aparentes e conciliáveis no âmbito do controle penal – oposições entre a Escola Clássica e a Escola Positiva: a Escola Técnico-Jurídica – surgida, também no século XIX, da atividade jurídica tradicional baseada num juspositivismo preocupado em resgatar a identidade propriamente jurídica da ciência penal, com a exclusão dos fatores antropológicos e sociológicos e dos resquícios jusnaturalistas, utilizando-se do paradigma dogmático de ciência do direito.¹⁶⁰

Sob a égide do paradigma dogmático, a investigação técnico-jurídica, partindo do pensamento de Arturo ROCCO, consiste em três fases procedimentais: 1) uma investigação exegética (etapa inferior da ciência do direito que consiste em mero exame da lei, traduzida por uma interpretação literal e lógica); 2) uma investigação dogmática e sistemática (etapa superior da

¹⁶⁰ É de se frisar a polêmica existente quanto à origem e significação do tecnicismo jurídico. Mesmo de evidentes raízes alemãs com Binding e Von Liszt, seu caráter de escola surge apenas na Itália com Stopatto, Manzini e Arturo Rocco (maior expoente), apesar das idéias contrárias no sentido de se afirmar que o tecnicismo jurídico se trata apenas de uma orientação metodológica para a ciência penal. Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 79-80.

ciência do direito, que proporciona um conhecimento integrado das normas jurídicas, as quais, ao se relacionarem reciprocamente, permitem a identificação de sua coordenação lógica, a determinação de suas causas e de seus fundamentos e princípios); 3) uma investigação crítica do direito (etapa que investiga a necessidade e a razão de ser do direito, e se, eventualmente, deve substituir-se dito direito por outro diferente, pelo direito ideal).¹⁶¹

Paralelamente ao positivismo criminológico, desenvolveu-se a sociologia criminal, cujas idéias eram sensivelmente aceitas na virada para o século XX, em especial, as contidas nas obras de Tarde, Lacassagne e Durkheim, que batiam de frente, principalmente, com a doutrina lombrosiana, e que forneceram os atuais contornos dessa teoria sociológica.¹⁶²

De acordo com a sociologia criminal – dispondo de métodos e instrumentos próprios – o crime deve ser tratado como fenômeno coletivo, sujeito às leis do determinismo sociológico, segundo o qual fatores como a miséria, o ambiente moral e material, a educação e a família são preponderantes para contaminar o homem com o germe do crime.

É, entretanto, a partir dos estudos de Durkheim e Marx que a teoria sociológica constrói as suas bases fundamentais, mais especificamente com a introdução da antinomia *conflito-consenso* e suas conseqüências sociais. E, pelo aspecto criminológico, merecem destaque três obras de Durkheim: *De la division du travail social* (1893), *Les règles de la méthode sociologique* (1895) e *Le suicide* (1897).¹⁶³

A concepção de crime trazida por DURKHEIM, a partir da teoria estrutural-funcionalista, coloca-se como alternativa à concepção positivista de

¹⁶¹ Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 84-85. E, ainda, BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 43.

¹⁶² Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 20-21.

¹⁶³ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 23.

criminologia, constituindo-se numa antecipação do que seria desenvolvido pela moderna criminologia sobre a base do paradigma da reação social, segundo o qual não se pode compreender a criminalidade sem o estudo da ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, iniciando-se pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais.¹⁶⁴

O pensamento de DURKHEIM vem alertar, quanto à idéia de normalidade e patologia, ser preciso “renunciar a esse hábito, ainda muito difundido, de julgar uma instituição, uma prática, uma máxima moral, como se fossem boas ou más em si mesmas e por si mesmas, para todos os tipos sociais indistintamente”.¹⁶⁵ E prossegue adiante sua análise, aduzindo que “a normalidade do fenômeno será explicada pelo simples fato de estar ligada às condições de existência da espécie considerada, seja como um efeito mecanicamente necessário dessas condições, seja como um meio que permite aos organismos adaptarem-se a elas”.¹⁶⁶

ZAFFARONI e PIERANGELI assinalam que, mesmo pecando pela ingenuidade, a formulação de DURKHEIM sobre o crime é a primeira visão macrossociológica do delito que divisa em sua análise a reação social, propiciando o terreno fértil para o moderno discurso criminológico a respeito dos processos de criminalização do indivíduo. “O delito já não é um corpo estranho, nocivo à sociedade, mas que cumpre uma função positiva em nível macrossociológico, ou seja, estaria integrado ‘fisiologicamente’ à sociedade, seria um elemento ‘funcional’ da mesma”.¹⁶⁷

O fim do século XIX conheceu ainda o surgimento da criminologia socialista, com as destacadas obras de Karl Marx e Frederic Engels, os quais

¹⁶⁴ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 86.

¹⁶⁵ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 59.

¹⁶⁶ DURKHEIM, Émile. Obra citada, p. 62.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 311.

explicavam a existência do crime com fulcro na natureza da sociedade capitalista, em sua iniquidade, na miséria, na cobiça e na ambição. Eles acreditavam que, com a derrocada do capitalismo e o aparecimento da sociedade socialista, o crime seria expurgado do meio social ou, no mínimo, acentuadamente reduzido.¹⁶⁸

2.3. A ideologia da defesa social

Como resultado de uma análise da relevância histórica e teórica do pensamento da Escola Clássica para a criminologia contemporânea, tem-se que tanto ela quanto aquelas escolas nascidas sob a égide positivista constroem um modelo de ciência penal integrada, aliando o aspecto jurídico e as opiniões comuns (gerais) do homem e da sociedade, em que afirmam uma ideologia que ainda hoje permeia o sistema científico, denominada de *ideologia da defesa social*. “O conteúdo dessa ideologia passou a constituir a filosofia dominante na ciência jurídica e no senso comum, não só junto aos representantes do sistema penal, mas também no saber do *homem de rua* (leigo).¹⁶⁹

A ideologia da defesa social, de acordo com BARATTA, arregimentou-se em função da relação entre criminalidade e pena, e do sentido utilitarista desta na contenção daquela, bem como de todo o aparato penal como garantidor da ordem e da paz na sociedade e, ainda, dos bens jurídicos por ela e para ela selecionados, podendo ser traduzida nos seguintes princípios:

- a) Princípio de legitimidade – a repressão da criminalidade pelo Estado é legítima, já que consiste numa reação da própria sociedade contra o comportamento desviante individual, reafirmando seus valores e

¹⁶⁸ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Obra citada, p. 25-26.

¹⁶⁹ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 41-42.

normas;

- b) Princípio do bem e do mal – parte da noção maniqueísta de que a sociedade constituída é o bem e a conduta desviada e o seu autor, o mal;
- c) Princípio de culpabilidade – o delito é concebido como manifestação de uma atitude interior do delinqüente contra valores e normas sociais não necessariamente previstos em lei;
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção – a pena, além de qualquer outra finalidade, tem a de prevenir o crime;
- e) Princípio de igualdade – a lei penal é aplicada de forma igualitária a todos os autores de delitos;
- f) Princípio do interesse social e do delito natural – o direito penal, em regra, protege interesses fundamentais para a existência da sociedade.¹⁷⁰

A partir de BARATTA, é de se destacar a discussão adicionada por Vera ANDRADE quanto à ideologia da defesa social, incluindo o princípio da legalidade no seu bojo:

“A ideologia da defesa social sintetiza (...) o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para os seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização)).

O *princípio da legalidade* representa, por sua vez, o legado vertebral da ideologia social que, se dialetizando com esta ideologia da defesa social, poderia ser inserido especialmente entre o princípio da *legitimidade* e da *igualdade* nos seguintes termos: o Estado não apenas está legitimado para controlar a

¹⁷⁰ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 42-43.

criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado”.¹⁷¹

Diante dessa identidade ideológica dos saberes, arremata BARATTA que as diferenças entre as escolas positivistas e o pensamento liberal clássico consistem, assim, mais numa atitude metodológica geral visando à explicação da criminalidade, haja vista que ambas as correntes, mesmo de formas diversas, são competentes para sustentar a ideologia de um sistema penal baseado na defesa social e justificado e racionalizado por ela. Eis aí a ambiência *do que se fala* acerca do princípio da legalidade.

2.4. A Criminologia Crítica, a dogmática e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade, na qualidade de “base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni”.¹⁷²

Percebe-se, assim, que a idéia de *segurança jurídica* forma o núcleo sintetizador da função declarada e não cumprida pela dogmática jurídico-penal, a partir da apropriação da legalidade, como instrumento simbólico, na consecução de seus fins. A dogmática assume a promessa de cumprir a função “de assegurar um nível de comunicação mínimo entre as decisões da instância legislativa, provendo o instrumental conceitual adequado e necessário para

¹⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 137.

¹⁷² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 67.

converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz”¹⁷³.

Segundo ANDRADE, pode-se definir a promessa funcional da dogmática em termos de “função instrumental racionalizadora/garantidora”, a qual embute duas dimensões: a) uma dimensão técnica: orientadora, preparadora, pautadora, programadora ou prescritiva das decisões judiciais penais (interpretativa e conceitual); b) uma dimensão de base humanista, pertinente à exigência de garantia dos direitos humanos individuais, com compromisso de produção de decisões igualitárias, seguras e, principalmente, justas.¹⁷⁴

A legalidade, assim, visa à garantia de uma maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, a uma aplicação igualitária do próprio direito. Medida essa que pode ser traduzida na *garantia* de segurança jurídica (justiça das decisões).

A dogmática penal elabora, nesse aspecto, todo um arcabouço teórico e conceitual que, apoiada em requisitos objetivos e subjetivos para a imputação de responsabilidade penal através do Judiciário, “objetiva vincular o horizonte decisório à legalidade penal e ao Direito Penal do fato-crime; ou seja, vincular as decisões judiciais à lei e à conduta do autor de um fato-crime, objetiva e subjetivamente considerada em relação a este e exorcizar, por esta via, a submissão do imputado à arbitrariedade judicial”.¹⁷⁵

Nesse nível comunicacional, o princípio da legalidade estabelece os limites possíveis do sistema jurídico, ao proporcionar a “estruturação completa do problema social regido pelo programa de decisão do legislador”. Destarte, ele serve como um eficiente neutralizador das efetivas dimensões conflitos

¹⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79.

¹⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal, p. 123.

¹⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 27.

sociais, retirando-os de sua esfera real para o campo abstrato das formulações jurídicas, a fim de que possam ser solucionáveis a partir das técnicas *racionalizadoras* do sistema jurídico, entre elas, a definição, a interpretação e a decisão. Em outras palavras, a dogmática cumpre a função de reduzir/transformar as dimensões do conflito para que se tornem adequadas ao mundo simbólico (racional-legal) criado por ela, possibilitando a crença na decidibilidade do conflito.

É de se perceber que a essa função não se restringe a considerar a legislação penal como válida ou objetiva, ela lhe impõe certas propriedades formais (unívoca, completa etc.) e materiais (imparcial, justa). “Pelo princípio da igualdade e a crença juspositivista da neutralidade científica e judicial, que igualmente o compõem, torna-se visível sua suposição de existir não apenas um legislador racional, que confere à legislação o mesmo atributo, mas um juiz igualmente racional”¹⁷⁶, a fim de prosseguir na cadeia lógica que resultará na justiça das decisões, fingindo cumprir, assim, a promessa de segurança.

Esclarece, ainda, ANDRADE, com relação à existência dessa lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, que:

“...implicando violação encoberta (seletiva) e aberta (arbitrariedade) dos Direitos Humanos não apenas viola a sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais) e teleológica (fins atribuídos ao Direito Penal e à pena) mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. A potencialidade deste desenvolvimento contraditório está, todavia, inscrito nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder; entre a igualdade formal e a desigualdade substancial. **O limite do sistema é, neste sentido, o limite da**

¹⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 141.

própria sociedade”.¹⁷⁷ (grifou-se)

O encontro da Criminologia, teoria sociológica da criminalidade, baseada no paradigma da reação social, com a ciência penal e, mais especificamente, com o seu postulado maior, o princípio da legalidade, propicia reflexões que apontam para a superação do conceito de defesa social ou, pelo menos, para uma atitude mais crítica em face dele. Entretanto, o que se pretende aqui, é apenas ampliar a crença nessa possibilidade de mudança, que vem sendo desenvolvida por inúmeros juristas e criminólogos, visto que, como denuncia BARATTA, em todas as edições do modelo integrado de ciência penal, desde o século XIX até o presente, passando pela Escola da “defesa social” (Gramática) e pela Escola “da nova defesa social” (Marc Ancel), não se encontra uma alternativa crítica, mas apenas uma modificação e um aperfeiçoamento da ideologia da defesa social.¹⁷⁸

É comum a compreensão, na criminologia tradicional (positivista), da operacionalidade real dos sistemas penais em termos muito diversos da forma pela qual os discursos jurídico-penais acreditam que eles atuem. Em outras palavras, a programação normativa (a legalidade) baseia-se em uma *realidade* que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de maneira completamente diferente.¹⁷⁹

Neste sentido, BARATTA afirma que a criminologia tradicional toma por empréstimo do direito penal e dos juristas as suas definições de comportamento criminoso, e analisam este comportamento partindo do pressuposto de que a sua qualidade criminal existe objetivamente. De igual forma e simultaneamente, crê que as normas e os valores sociais que os indivíduos transgridem, ou dos

¹⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 311.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 46.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

quais desviam, são universalmente compartilhados, válidos nas relações intersubjetivas, racionais e imutáveis.¹⁸⁰

ZAFFARONI acentua que:

“O discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições ‘progressistas’ e que se dão conta da gravidade do fenômeno também reproduzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de ‘direito penal de garantia’ (ou ‘liberal’...) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal como processados, criminalizados ou vitimizados”.¹⁸¹

Isso ocorre, devido à ausência de um instrumento que não o discurso jurídico-penal para fazer frente à necessidade de se defender os direitos humanos de certos setores sociais.

A Criminologia Crítica (paradigma da reação social) contribuiu para a aniquilação da ilusão de transitoriedade do fenômeno que distancia a realidade operacional dos sistemas penais do discurso jurídico-penal, demonstrando que aqueles apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por fazerem parte de sua natureza, não podem ser eliminadas, sem prejuízo da sua própria existência. “A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de*

¹⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 87.

todos os sistemas penais".¹⁸²

O ordenamento jurídico-penal, visto pela ótica da Criminologia Crítica, resulta, de uma forma geral, de um processo de seleção de ocorrências que são compreendidas como juridicamente relevantes em detrimento de outras que podem ser selecionadas em ocasiões futuras. Daí, uma conduta que hoje é considerada infração às regras jurídicas, amanhã poderá deixar de o ser.

Assim também acontece com os violadores das normas. Alguns podem ser detectados e outros não, e, por isso, podem frustrar a possibilidade de se tornarem infratores. "A seletividade que permeia o direito, portanto, no âmbito do processo de criminalização, dá-se tanto no momento da escolha dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos que os ofendem, originando os tipos penais, quanto no instante da seleção dos indivíduos que serão considerados criminosos dentre todos os que eventualmente praticaram aqueles comportamentos".¹⁸³ Tais etapas compõem o chamado processo de criminalização do indivíduo que, pelo *status* que ocupa no seio da sociedade, encontra-se em situação mais vulnerável a ação do aparato do sistema, culminando na decisiva mudança de sua identidade social, na sua estigmatização enquanto desviante.¹⁸⁴

O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. O sistema penal adquire a legitimidade que é dada pelo seu discurso racionalizador, dessa maneira, ele tenciona mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente. E a construção teórica ou discursiva que visa à explicação desse planejamento é o discurso jurídico-penal (ou saber penal ou

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 13-14.

¹⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 15.

¹⁸³ RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O mito da função ressocializadora da pena – da fala à falácia: a intervenção do sistema penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2002, f. 117.

¹⁸⁴ A respeito do assunto ver BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of*

ciência penal, ou ainda, a ciência do direito penal). ZAFFARONI enfatiza que “se esse discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com o sistema penal seria legítimo”. E racionalidade, conforme o mestre argentino, implica coerência interna do discurso jurídico-penal e valor de verdade quanto à nova operatividade social.¹⁸⁵

ZAFFARONI esclarece que a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal se revela em argumentos como: “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o quer” etc., os quais são amiúde usados e admitem o fracasso da tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício do poder do sistema penal.¹⁸⁶

ZAFFARONI leciona que são precisos dois níveis de *verdade social* para que o discurso jurídico-penal adquira legitimidade: a) um *abstrato*, valorizado em função da experiência social, conforme o qual a planificação criminalizante pode ser tida como o meio adequado para se atingir os fins propostos (*adequação de meio a fim*); b) outro *concreto*, que deve exigir que os grupos humanos integrantes do sistema penal atuem sobre a realidade de acordo com as pautas planificadoras determinadas pelo discurso jurídico-penal (*adequação operativa mínima conforme planificação*). “O discurso jurídico-penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso, porque se desvirtua como planificação (dever ser) de um *ser que ainda não é* para converter-se em um *ser que nunca será*, ou seja, que *engana, ilude ou alucina*”.¹⁸⁷

A palavra *legalidade*, no entender de ZAFFARONI, é ambígua. No sentido que lhe empresta o positivismo jurídico alude à produção de normas mediante processos previamente fixados.

ZAFFARONI acentua que as teorias que se amparam na legalidade

deviance. New York: The Free Press, 1973.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 16.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 17.

formal permanecem como que suspensas no vazio, ao requererem um ponto de apoio legitimador do próprio processo de produção normativa, apoio que se tem procurado, quer na idéia de soberano, quer na pressuposta e inquestionável legitimidade da norma fundamental ou ainda na regra última de reconhecimento. Contudo, a busca tem sido infrutífera e as teorias da legalidade formal não puderam eludir a legitimação do poder mediante seu mero exercício.¹⁸⁸

A insuficiência legitimadora da legalidade formal é de evidência inquestionável. Tanto que se percebe a ausência, no âmbito dos discursos jurídico-penais, de qualquer tentativa séria de legitimar o sistema penal mediante uma construção que exclua a sua legalidade.

Em outro sentido, a operacionalidade real do sistema penal poder-se-ia dizer-se *legal* caso os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa o discurso jurídico-penal. Dentro desse pressuposto, esse exercício de poder apresentaria o caráter de *legalidade*.

Na esfera do discurso jurídico-penal, o conceito de legalidade gera fundamentalmente dois princípios: o de legalidade penal e o de legalidade processual. O primeiro exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aja dentro de limites previamente estabelecidos para a punibilidade. Já o princípio de legalidade processual estabelece que os órgãos do sistema penal empreguem seu poder na tentativa de criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam conforme um minucioso e conhecido cronograma.¹⁸⁹

¹⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 18-19.

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 20.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob certo enfoque, pode-se dizer que o direito, sob o manto da dogmática, revela-se como uma das principais armas utilizadas, pelo Estado, para omitir, encobrir e manter o porquê de tantas diferenças sociais, econômicas e políticas. Ele é um dos aparelhos ideológicos mais eficazes de controle usado para legitimar, através de um conjunto de normas positivas e de procedimentos formais – o sistema de legalidade –, a existência de uma sociedade de efetivas desigualdades de oportunidades e extremamente espoliadora e repressora, através da geração da ilusão de uma sociedade igualitária e justa.

O princípio da legalidade insere-se nesse contexto jurídico, em que teoria e práxis são duas realidades distintas, apesar de ter surgido como resultado de um anseio de se estabelecer no seio social um direito calcado em regras fixas, expressas e válidas, advindas da razão humana, com o objetivo de resguardar os indivíduos das arbitrariedades e imprevisibilidades daqueles que governam (segurança jurídica), visando, assim, ao encurtamento da distância entre o mundo jurídico (racional-legal) e o mundo real.

Na área penal, projeta-se no princípio da estrita legalidade, desde Beccaria, a racionalização do direito, responsável por uma Justiça humanitária e utilitária, de modelo contratual, baseada na certeza jurídica (não há crime nem pena sem lei) e na segurança individual, a fim de se evitar a imprevisão da ação do poder punitivo do Estado. Contudo, a programação normativa (a legalidade) baseia-se em uma realidade fictícia e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação possui uma atuação completamente diversa.

Esta racionalidade normativa (método da dogmática jurídica) tem servido de bússola para uma atuação fortemente legítima do sistema penal,

descartando (simbolicamente) qualquer hipótese de uso desigual e arbitrário do poder. E isso é possível, principalmente, em virtude do discurso autorizado da ciência do direito, que se proclama objetiva e neutra, com o que impede uma elaboração crítica a respeito do próprio sistema e do poder que o sustenta.

É bem verdade que a legalidade jamais se mostrou uma forma ativa de garantia individual, como tem se declarado desde que nasceu. Mas não se pode negar que, pelo menos (e é justamente essa a sua intenção), tem conseguido manter-se firme no seu papel de *consolidar uma imagem* de que é um indispensável instrumento dessa garantia, revelando uma verdadeira eficácia simbólica, mesmo diante da constatação de que a sua racionalização tem efeitos contrários.

Através do discurso dogmático (cientificista), possuidor de *status* social de verdade e neutralidade, consegue-se legitimar, por exemplo, as práticas legais de incriminação seletiva de pessoas advindas das camadas sociais mais baixas (evidente clientela do sistema repressivo), mantendo-se a estrutura político-econômica injusta do Estado capitalista. Percebe-se, assim, que a relação existente entre os pressupostos sócio-político (o liberalismo) e filosófico-jurídico (o positivismo jurídico) na composição do sistema de legalidade, explica as bases do funcionamento do poder político vigente.

Desnudando a função política da legalidade, no que diz respeito àquela que se cala (legitimadora e instrumental), maquiada por uma função (declarada) ideologicamente neutra de garantia de direitos, pode-se começar a questionar a natureza (de verdade) do discurso jurídico, implicando inexoravelmente um questionamento da própria dogmática e de sua metodologia, abrindo espaço aos pensadores, professores e operadores jurídicos para vislumbrarem uma concepção do direito menos mitificadora (simbólica) e, conseqüentemente, mais realista (efetiva), no sentido da *consciência de seus limites como os limites da própria sociedade*.

O direito, sob o paradigma dogmático, não se esgota na razão instrumental, nem tampouco esta é, necessariamente, um signo anti-emancipatório *por natureza*. A esfera da legalidade não é burguesa *em si*, pois o Estado moderno e a sua racionalidade normativa devem ser percebidos ou (re)construídos no processo histórico. A postulação da supressão da dogmática jurídica vem sendo, pouco a pouco, substituída por uma compreensão redefinidora dela mesma, a partir do reconhecimento de suas efetivas potencialidades.

Dentro desse arcabouço político-ideológico em que está inserido o direito e, conseqüentemente, a legalidade, pode-se dizer que, a crise instalada no paradigma jurídico está, no mínimo, aliada (e não pode dela ser dissociada) de uma crise mais ampla (hegemônica); uma crise política, social, ideológica e econômica, uma crise de legitimação deste sistema capitalista – se é que se pode falar em crise. E o direito, na condição de integrante da sociedade política que é, sistematicamente utilizado para sustentar a ideologia dominante através do discurso de seus teóricos e operadores, versado na iconolatria, não deixa de exercer uma função para a qual está programado, a função de hegemonia.

Observando isso, impõe-se asseverar que, enquanto função não declarada do direito e de seus princípios, tem-se a de colaborar, na qualidade de instância de reprodução simbólica das crenças e valores jurídico-políticos do liberalismo e do positivismo formalista, a sustentação epistemológica do *status quo* político, econômico e social. E isso é feito através de seus *soldados*, formados e pós-graduados na ideologia jurídica dominante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 276-287, abr./jun., 1996.

_____. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Reforma e 'contra'-reforma penal no Brasil: uma ilusão... que sobrevive*. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARTHES, Roland. *Aula*. 7. ed. Trad. Leila Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 1997.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1973.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Trad. e notas Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966, v. 1.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo:

Malheiros, 2000.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *Fundamentos de uma teoria da violência simbólica*. In: *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CHAVES, Raul Affonso Nogueira. *Da tipicidade penal*. Bahia: S. A. Artes Gráficas, 1958.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, t. I.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3,238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem dos seus artigos, por Eduardo Espínola e Eduardo Espinola Filho; e atualizada por Silva Pacheco*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *¿Que es el garantismo? El punto de vista externo*. In: Derecho y razón: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, cap. 13-14, p. 851-903 e 905-957.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

_____. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. 5. ed. Porto Alegre: L&PM, 1985.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado*

eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. I.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Coleção *Debates*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Maurício A. Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: RT, 1994.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Roberto Grassi. 11. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1986.

MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo*. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral – volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. Coleção *A obra-prima de cada autor*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O mito da função ressocializadora da pena – da fala à falácia: a intervenção do sistema penal como fator de estigmatização do*

indivíduo criminalizado. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social – e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos; TANCREDO, Sérgio. *Apresentação*. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Criminologia crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau: a recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

_____. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

_____. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo (colab.). *O direito e sua linguagem*: 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.